# Auswirkungen des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinngemeinschaft auf Pflichtteilsrechte und auf pflichtteilsrechtliche Verfügungen von Todes wegen

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

**Hilger Bohnen**
Gerichtsreferendar aus Celle

Marburg
1969

Fotodruck: Erich Mauersberger, Marburg

# Auswirkungen des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinngemeinschaft auf Pflichtteilsrechte und auf pflichtteilsrechtliche Verfügungen von Todes wegen

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

**Hilger Bohnen**
Gerichtsreferendar aus Celle

Marburg
1969

Fotodruck: Erich Mauersberger, Marburg

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Als Dissertation von der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am: 5. Mai 1969
Berichterstatter: Professor Dr. Henrich
Mitberichterstatter: Professor Dr. Dr. Kaufmann
Tag der mündlichen Prüfung: 22. Mai 1969

Inhaltsverzeichnis


| | Seite |
|---|---|
| Einleitung | 1 |
| § 1 Verfassungsmäßigkeit | 3 |
| I. § 1371 Abs.1 BGB verstößt nicht gegen Art.3 Abs.2 GG | 3 |
| A. Die behauptete Ungleichheit zwischen Ehemann und Ehefrau | 3 |
| a) Die Anwendbarkeit des Art.3 Abs.2 GG | 4 |
| b) Keine ausschließliche Ungleichheit zwischen Erst- und Letztverstorbenen | 7 |
| c) Keine ausschließliche Ungleichheit zwischen den Erben der Ehegatten | 7 |
| d) Der gesetzgeberische Zweckgedanke rechtfertigt keine Verletzung des Art.3 Abs.2 GG | 8 |
| e) Die Ehegatten haben der behaupteten Ungleichheit nicht zugestimmt | 8 |
| f) Die Auslegung Bärmanns kann die behauptete Ungleichheit nicht beseitigen | 9 |
| B. Die Methode der Prüfung der Verletzung des Art.3 Abs.2 GG | 13 |
| a) Die tatsächlichen Auswirkungen | 14 |
| b) Ergebnis und Darstellung der eigenen Methoden zur Lösung weiterer Probleme in dieser Darstellung | 17 |
| II. § 1371 Abs.1 BGB verstößt nicht gegen Art.3 Abs.1 GG | 18 |
| III. § 1371 Abs.1 BGB verstößt nicht gegen Art.6 Abs.1 GG | 19 |

Seite

§ 2 Die Auswirkungen der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils gemäß § 1371 Abs.1 BGB auf das Pflichtteilsrecht des unzureichend bedachten Ehegatten, der Abkömmlinge und der Eltern i.S. der Vorschriften der §§ 2303 ff BGB 21

I. Die Auswirkungen der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils gemäß § 1371 Abs.1 BGB auf das Pflichtteilsrecht des unzureichend bedachten Ehegatten i.S.der Vorschriften der §§ 2303 ff BGB 21

A. Fragestellung: Kleiner oder großer Pflichtteil in den §§ 2303 ff BGB 21

B. Das Gebot der verfassungskonformen Auslegung 22

C. Der Wortlaut des § 1371 Abs.2 Halbs.2 BGB spricht eher für die Ansicht der h. M. 23

D. Auf Grund des bloßen Hinweises auf eine Analogie oder auf einen Umkehrschluß aus § 1371 Abs.2 BGB läßt sich das Problem nicht lösen 23

E. Der pflichtteilsrechtliche Grundsatz der Unabänderbarkeit der Pflichtteilsquoten 25

F. Der pflichtteilsrechtliche Grundsatz des § 2303 Abs.1 S.2 BGB 27

G. Bewertung beider Grundsätze durch das GleichbG 27

a) Die gesetzestechnische Analyse 27

b) Der Zweck des § 1371 BGB 27

1. Niederländers Interpretation 28

2. Sturms Interpretation 28

3. Die eigene Interpretation 29

H. Ergebnis 30

II. Auswirkungen der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils gemäß § 1371 Abs.1 BGB auf das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge und der Eltern i.S. der Vorschriften der §§ 2303 ff BGB 31

Seite

§ 3 Voraussetzungen des § 1371 Abs.2 und 3 BGB 35

I. Scheidung oder Aufhebung der Ehe 35

II. Erbunwürdigkeit 35

III. Ausschlagung 36

IV. Enterbung 41

V. Erbverzichtvertrag 41

VI. Die Begünstigung durch eine Auflage und die Ernennung zum Testamentsvollstrecker 43

VII. Die Einsetzung als Vor- oder Nacherbe 45

§ 4 Aus § 1371 Abs.2 und 3 BGB kann nicht ein Wahlrecht entnommen werden 46

I. Das uneingeschränkte Wahlrecht 46

A. Einführung in die Problematik 46

B. Der Wortlaut des § 1371 Abs.2 BGB kann nichtfür und auch nicht gegen das Wahlrecht verwertet werden 47

C. Ein Argument für oder gegen das Wahlrecht aus Textvergleichung mit anderen Vorschriften des BGB ist nicht möglich 48

a) Grundsätzliche Bedenken gegen die Methode 48

b) Vergleichbare Vorschriften 49

1. § 466 BGB 49

2. § 1128 Abs.1 S.3 BGB 50

c) Ergebnis 51

D. Die Entstehungsgeschichte läßt sich nicht für, sondern nur gegen das Wahlrecht deuten 51

E. Aus dem Sinnzusammenhang der Absätze 2 und 3 des § 1371 BGB muß das Wahlrecht abgelehnt werden 56

a) Ein "willkürlicher" Eingriff in das Pflichtteilsrecht 56

Seite

b) Die behauptete Unbilligkeit 57

c) Die güterrechtliche Deutung des § 1371 BGB 59

1. Die Untersuchung von Müller-Freienfels 60

2. "Hierbei ist unerheblich, ob die Ehegatten im Einzelfall einen Zugewinn erzielt haben" 61

3. Die Erbteilserhöhung nur für den gesetzlichen Güterstand 62

4. Keine Aufspaltung des § 1371 BGB in zwei verschiedene Sinnzusammenhänge 63

5. § 6 ErbStG 63

d) Die Zulassung des Wahlrechtes hätte eine Rechtsunsicherheit zur Folge 64

1. Das Argument der Rechtsunsicherheit kann nicht entkräftet werden durch einen Hinweis auf die kurze Ausschlagungsfrist 65

2. Das Argument der Rechtsunsicherheit kann nicht entkräftet werden durch einen Hinweis auf die analoge Anwendbarkeit des § 2307 Abs.2 BGB 66

3. Das Argument der Rechtsunsicherheit kann nicht entkräftet werden durch die Konstruktion Rittners 66

e) Der Zulassung des Wahlrechts stehen Bedenken aus Gründen der Gesetzessystematik entgegen 68

II. Das eingeschränkte Wahlrecht i.S. von Boehmer 69

III. Das eingeschränkte Wahlrecht i.S. von Beitzke 70

IV. Das eingeschränkte Wahlrecht i.S. des Lösungsvorschlags von Lehmann / Henrich 71

V. Das Gebot der verfassungskonformen Auslegung verbietet jede Form des Wahlrechtes 75

Seite

§ 5 Zuwendungen in Höhe des Pflichtteils 77

I. Die pflichtteilsgleichen Verfügungen im allgemeinen 77

II. Die Verweisung auf den kleinen Pflichtteil 80

III. Die Verweisung auf den großen Pflichtteil 83

IV. Das Pflichtteilsvermächtnis 89

V. Auslegungsgrundsätze bei pflichtteilsrechtlichen Verfügungen zugunsten des überlebenden Ehegatten, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte 91

§ 6 Bedingte pflichtteilsrechtliche Zuwendungen 94

I. Bedingte pflichtteilsrechtliche Verfügungen im allgemeinen 94

II. Besonderheiten für den Erblasser, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte 96

A. Die Bedeutung bedingter letztwilliger Zuwendungen, die kleiner sind als der nicht erhöhte Pflichtteil 97

B. Die h. M. zu § 2305 BGB gilt nicht 98

C. Keine Anwendung des § 1371 Abs.2 BGB 100

# Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---|---|
| a.A. | anderer Ansicht |
| Abs. | Absatz |
| AcP | Archiv für civilistische Praxis |
| Anm. | Anmerkung |
| Aufl. | Auflage |
| Betrieb | Der Betrieb |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BT-Drucke | Bundestagsdrucksachen |
| c.c. | Code civil |
| d.D. | dieser Darstellung |
| d.h. | das heißt |
| DGWR | Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht |
| DNotZ | Deutsche Notar-Zeitschrift |
| Einf. | Einführung |
| ErbStG | Erbschaftssteuergesetz |
| ff | folgende |
| FamRZ | Ehe und Familie im privaten öffentlichen Recht Zeitschrift für das gesamte Familienrecht |
| GleichbG | Gleichberechtigungsgesetz v.18.6.1957 |
| h.M. | herrschende Meinung |
| HöfeO | Höfeordnung für die Britische Zone |
| i.S. | im Sinne |
| JR | Juristische Rundschau |
| JuS | Juristische Schulung |
| Justiz | Die Justiz Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg |
| JZ | Juristen-Zeitung |
| KO | Konkursordnung |
| LG | Landgericht |
| LM | Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht |
| m.E. | mit Einschränkung |
| m.a.W. | mit anderen Worten |

| | |
|---|---|
| N | Nachlaß / Nachträge |
| nF | neue Fassung |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| RG | Reichsgericht |
| Rspr. | Rechtsprechung |
| SJZ | Süddeutsche Juristenzeitung |
| StaJahrb | Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland |
| u. | und / unten |
| u.a. | unter anderem |
| u.U. | unter Umständen |
| vgl. | vergleiche |
| WV | Weimarer Reichsverfassung |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZBlFG | Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat und Zwangsversteigerung |
| ZPO | Zivilprozeßordnung |

## Literaturverzeichnis


| | |
|---|---|
| Achilles-Greif | Bürgerliches Gesetzbuch<br>21.Aufl. Berlin 1963 |
| Anschütz | Die Verfassung des Deutschen Reiches,<br>Kommentar, 11.Aufl. Berlin 1929 |
| Arnold | Die neue Rechtslage im Familienrecht<br>MDR 53,258 ff |
| Bärmann | Das neue Ehegüterrecht<br>AcP 157, 145 ff |
| Bärmann | Kritik am neuen Ehegüterrecht<br>JZ 1958, 225 ff |
| Beitzke | Gleichheit von Mann und Frau<br>in: Die Grundrechte 2.Bd., heraus-<br>gegeben von Neumann-Nipperdey-Scheuner<br>Berlin 1954, S.199 ff |
| Beitzke | Familienrecht. Ein Studienbuch<br>12.Aufl. München u.Berlin 1964<br>13.Aufl. München u.Berlin 1966 |
| Bender | Inhalt und Grenzen des Gebots der ver-<br>fassungskonformen Gesetzesauslegung<br>MDR 1959, 441 ff |
| Boehmer | Die Teilreform des Familienrechts<br>durch das Gleichberechtigungsgesetz vom<br>18.Juni 1957 und das Familienrechts-<br>änderungsgesetz vom 11.August 1961<br>Tübingen 1962 |
| Boehmer | Erbrecht<br>in: Die Grundrechte, herausgegeben von<br>Neumann-Nipperdey-Scheuner, 2.Bd.,<br>Berlin 1959, S.401 ff |
| Boehmer | Zur Auslegung des § 1371 Abs.1-3 nF BGB<br>NJW 1958, 524 ff |
| Boehmer | Einführung in das Bürgerliche Recht<br>2.Aufl. Tübingen 1965 |
| Bonner Kommentar | Kommentar zum Bonner Grundgesetz<br>Hamburg, Stand Mai 1965 |
| Bosch | Gleichberechtigung im Bereich der<br>elterlichen Gewalt<br>SJZ 1950, 625 ff |

| | |
|---|---|
| Bosch | Familienrechtsreform<br>Siegburg 1952 |
| Bosch | Referenten-Schrifttum zum Gleichberechtigungsgesetz<br>FamRZ 1958, 166 ff |
| Bosch | Anmerkung zum Urteil des LG Bonn vom 24.6.1959<br>FamRZ 1959, 460 |
| Bosch | Ehe und Familie in der Rechtsordnung- Insgesondere ein Beitrag zum Thema "Gesetz und Richter"<br>FamRZ 1966, 57 ff |
| Braga | Das ehegüterliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten<br>Zum § 1371 BGB in der Fassung des GleichbG vom 18.Juni 1957<br>Erbrechtliche und international-privatrechtliche Aspekte<br>FamRZ 1957, 334 ff |
| Bühler | Diskussion und staatliche Maßnahmen in der Bundesrepublik<br>Sozialpolitische Schriften Heft 12 1960 |
| Das Bundesverfassungsgericht | herausgegeben vom Bundesverfassungsgericht mit Beiträgen von Hermann Höpker - Aschoff u.a.,<br>Karlsruhe 1963 |
| Dölle | Familienrecht,<br>Band I, Karlsruhe 1964 |
| Dölle | Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht<br>JZ 53, 352 ff |
| Dürig | Art.3 II GG vom verfassungsrechtlichen Standpunkt gesehen<br>FamRZ 1954 2 ff |
| Engisch | Einführung in das juristische Denken<br>3.Aufl. Stuttgart 1964 |
| Enneccerus-Nipperdey | Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch<br>Erster Halbband, 15.Aufl.<br>Tübingen 1959 |
| Erman | Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2.Band<br>4.Aufl. Münster 1967 |

| | |
|---|---|
| Ferid | Die Pflichtteilszuwendung, insbesondere auch beim Güterstand der Zugewinn-"gemeinschaft" NJW 1960, 121 ff |
| Finke | Das künftige eheliche Güterrecht JR 1957, 161 ff |
| Flad | Letztwillige Verwirkungsklauseln DGWR 1940, 97 ff |
| Frisch | Mein Name sei Gantenbein, Suhrkamp Verlag 1964 |
| Gernhuber | Die Mitarbeit der Ehegatten im Zeichen der Gleichberechtigung FamRZ 1958, 243 ff |
| Gernhuber | Das eheliche Vermögensrecht und die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft FamRZ 1959, 465 ff |
| Gernhuber | Lehrbuch des Familienrechts München und Berlin 1964 |
| Gernhuber | Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie FamRZ 1960, 326 ff |
| Hampel | Zur Pflichtteilsregelung bei der Beendigung der Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten FamRZ 1958, 162 ff |
| Hampel | Nochmals: Zur Pflichtteilsregelung bei Beendigung der Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten FamRZ 1960, 461 ff |
| Habscheid | Gustav Boehmer, Die Teilreform des Familienrechts durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18.Juni 1957 und das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11.August 1961 ... FamRZ 1962, 446 |
| Hanisch | Ehewohnungsprobleme getrennt lebender Ehegatten NJW 1963, 1033 ff |
| Haegele | Erbrechtliche Fragen im Gleichberechtigungsgesetz Die Justiz Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg 386 ff zitiert: Justiz |
| Haegele | Sechs Jahre Zugewinngemeinschaft FamRZ 1964, 594 |

| | |
|---|---|
| Johannsen | Erbrechtliche Auswirkungen des § 1371 Abs.1 - III BGB FamRZ 1961, 17 ff |
| Kipp-Coing | Erbrecht. Ein Lehrbuch 12.Bearbeitung Tübingen 1965 |
| Kleinheyer | Die Verweigerung des Zugewinnausgleichs wegen grober Unbilligkeit (1381 nF) FamRZ 1957,283 ff |
| Knur | Probleme der Zugewinngemeinschaft Köln und Opladen 1959 |
| Knur | Der Gleichheitsgrundsatz des Art.3 des Grundgesetzes in der notariellen Praxis DNotZ 53, 229 ff |
| Knur | In Anm. zum Aufsatz von Rittner DNotZ 1958, 181 |
| Knur | Zugewinngemeinschaft, Ehevertrag und Verfügung von Todes wegen DNotZ 1957, 451 ff |
| Krüger | Die Nichtverwirklichung der Gleichberechtigung im Regierungsentwurf zur Familienrechtsreform JZ 52, 613 ff |
| Krüger-Breetzke-Nowak | Gleichberechtigungsgesetz,Kommentar München und Berlin 1958 |
| Lange | Die Stellung des überlebenden Ehegatten bei der Zugewinngemeinschaft NJW 1957, 1381 ff |
| Lange | Lehrbuch des Erbrechts München und Berlin 1962 |
| Lange | Nochmals: Zum Ausgleich des Zugewinns beim Tode eines Ehegatten NJW 1958, 288 ff |
| Lange | Der Bundesgerichtshof und die erb- und güterrechtliche Lösung des § 1371 BGB NJW 1965, 369 ff |
| Lehmann | Nachträge zu den §§ 1931, 1932,2008 nF in: Staudinger, Erbrecht, 2.Teil, 10./11.Aufl. Berlin 1960 |
| Lehmann-Henrich | Deutsches Familienrecht 4.Aufl. Berlin 1967 |
| v.Mangoldt-Klein | Das Bonner Grundgesetz - Kommentar I.Bd. 2.Aufl. Berlin u.Frankfurt 1957 |

| | |
|---|---|
| Maßfeller | Güterrechtliche Fragen des Gleichberechtigungsgesetzes<br>Betrieb 1958, 563 ff |
| Maßfeller-Reinicke | Das Gleichberechtigungsgesetz mit Erläuterungen Köln-Berlin 1958 |
| Maunz | Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch<br>2.Aufl. München u.Berlin 1952 |
| Megow | Erbschaftssteuergesetze<br>4.Aufl. München u.Frankfurt 1959 |
| Meyer | Die verfassungsmäßige Gleichberechtigung der Ehefrau und die bestehenden Ehen und Güterstände in der Ostzone<br>JR 1950, 265 ff |
| Model-Haegele | Testament und Güterstand des Unternehmers 5.Aufl. Köln 1966 |
| Müller-Freienfels | Kernfragen des Gleichberechtigungsgesetzes JZ 1957, 685 ff |
| Müller-Freienfels | Der Ausgleich für Mitarbeit im Beruf oder Geschäft des Ehepartners,<br>Festschrift für Nipperdey Bd.I<br>München u.Berlin 1965, S.625 ff |
| Neuhaus | Zur zivilrechtlichen Gleichstellung der Ehefrau außerhalb des BGB<br>JZ 52, 523 ff |
| Niederländer | Die Pflichtteilsregelung in § 1371 nF BGB NJW 60, 1737 ff |
| Oertmann | Die Cautela Socini unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches<br>ZBIFG 15, 357 ff |
| Palandt | Bürgerliches Gesetzbuch<br>28.Aufl. München 1969 |
| Paulick | Haushaltsbesteuerung und Bonner Grundgesetz FamRZ 1954, 30 ff |
| Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB | Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes<br>IV. Band, 1.Teil Familienrecht<br>10.u.11.Aufl. Berlin 1960<br>V. Band, 1.Teil Erbrecht<br>11.Aufl. Berlin 1960<br>V. Band, 2.Teil Erbrecht<br>11.Aufl. Berlin 1961<br>bearbeitet von Scheffler unter Mitarbeit von Koeniger<br>bearbeitet von Johannsen und Kregel |

| | |
|---|---|
| Reinicke | Zum Ausgleich des Zugewinns beim Tode eines Ehegatten NJW 1958, 121 ff |
| Reinicke | Zur Rechtsstellerung des überlebenden Ehegatten im Güterstand der Zugewinngemeinschaft<br>Der Betriebsberater 1958, 575 ff |
| Reinicke | Zur Auslegung des § 1371 BGB<br>Eine Stellungnahme zu den Ausführungen von Boehmer<br>NJW 1958, 524 ff NJW 1958, 932 ff |
| Reinicke | Der Umfang der Pflichtteile im Güterstand der Zugewinngemeinschaft<br>Der Betrieb 1960, 1445 ff |
| Reinicke | Der Rang der Ausgleichsforderung des überlebenden Ehegatten im Güterstand der Zugewinngemeinschaft<br>Der Betrieb 1960, 1267 ff |
| Reinicke | Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Zugewinngemeinschaft<br>Der Betrieb 1965, 1351 ff |
| Reinicke-Schwarzhaupt | Die Gleichberechtigung von Mann und Frau nach dem Gesetz vom 18. Juni 1957<br>Stuttgart 1957 |
| Rittner | Zur Auslegung des § 1371 Abs. 2 BGB nF<br>DNotZ 1958, 181 ff |
| Rötelmann | Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 20.3.1963 . NJW 1963, 1347 f |
| Rosenthal-Bohnenberg | Bürgerliches Gesetzbuch 15. Aufl.<br>Köln-Berlin-Bonn-München |
| Soergel-Siebert | Bürgerliches Gesetzbuch IV. Band Familienrecht §§ 1297-1390, 1415-1518 Ehegesetz und Durchführungsverordnungen, bearbeitet von Vogel<br>9. Aufl. Stuttgart 1963 |
| Soergel-Siebert | Bürgerliches Gesetzbuch V. Band Erbrecht, bearbeitet von Ehard und Eder,<br>9. Aufl. Stuttgart 1961 |
| Scheffler | Ehe und Familie, in: Die Grundrechte IV. Band, II. Halbband. Herausgegeben von Bettermann, Nipperdey, Scheuner<br>Berlin 1960, S. 245 ff |
| Schwab | Ehegattenpflichtteil und Zugewinnausgleich - BGHZ 42, 182<br>JuS 1965, 432 ff |

Statistisches Jahrbuch 1963, S.140

v.Staudinger — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
I.Band Allgemeiner Teil erläutert von Brandl und Coing
11.Aufl. Berlin 1957
III.Band Sachenrecht 2.Teil
erläutert von Ring, Spreng, Dittmann, Scherübl, Riedel, Glaser, Seufert
Berlin 1963, 11.Aufl.
IV.Band, Teil 2, Lieferung 1
erläutert von Felgentraeger
10./11.Aufl., 40.Lieferung
Berlin 1965
V.Band Erbrecht, 1.Teil erläutert von Boehmer, Lehmann, Seybold
10./11.Aufl. Berlin 1960
V.Band Erbrecht, 2.Teil erläutert von Dittmann, Firsching, Ferid, Lehmann
10./11.Aufl. Berlin 1960

Sturm — Die Pflichtteilsregelung in § 1371 BGB nF NJW 1961, 1435 ff

Sturm — Das französische Familienrechtsänderungsgesetz vom 13.Juli 1965
FamRZ 1966, 161 ff

Thiele — Die Nahtstellen von Erbrecht und Güterrecht in der Zugewinngemeinschaft
Über das Problem der Abgrenzung von erbrechtlicher und güterrechtlicher Lösung FamRZ 1958, 393 ff

Thiele — Die grobe Unbilligkeit des Zugewinnausgleichs JZ 1960, 394 ff

Thierfelder — Die wesentlichen Bedenken gegen den gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft FamRZ 1959, 389 ff

Thomä — Anmerkungen zum Urteil des LG Konstanz v.21.7.1961
FamRZ 1962, 261 f

Tiedau — Zur Bedeutung des Inkrafttretens des neuen ehelichen Güterstandes der Zugewinngemeinschaft am 1.Juli 1958, insbesondere für die anwaltliche und notarielle Praxis MDR 1958, 377 ff

Ulmer — Die Stellung des erstversterbenden Ehegatten bei der Zugewinngemeinschaft
NJW 1958, 170 f

Ulmer — Verbietet das Wesen der Ehe den güterrechtlichen Zugewinnausgleich beim Tode des Ausgleichsberechtigten? FamRZ 1958, 251 f

Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2.Wahlperiode 1953 Anlagen Band 51, 1957. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht zitiert: BT-Drucksache, Schriftlicher Bericht

## Einleitung

§ 1371 Abs.1 BGB in der Fassung des Gleichberechtigungsgesetzes (GleichbG) vom 18.6.1957 bestimmt: "Wird der Güterstand der Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten beendet, so wird der Ausgleich des Zugewinns dadurch verwirklicht, daß sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel der Erbschaft erhöht; hierbei ist es unerheblich, ob die Ehegatten im einzelnen Fall einen Zugewinn erzielt haben."

Bei unbefangenem Lesen dieser Vorschrift erscheint der Wortlaut klar, die Regelung eindeutig. Nimmt man die Gesetzesmaterialien zur Hand, so scheint sich die Formulierung des § 1371 Abs.1 BGB mit der gesetzgeberischen Intention zu decken; die Ehefrau ist in der Regel durch ihre häusliche Arbeit an dem Vermögenszuwachs des Ehemannes während der Ehe beteiligt[1]. Dies geschieht regelmäßig dadurch, daß sich der Ehemann infolge der häuslichen Tätigkeit seiner Ehefrau im größeren Umfang seiner beruflichen Tätigkeit und damit im stärkeren Maße der Vermögensbildung widmen kann, als es ihm möglich wäre, wenn ihm nicht "die Sorge um Haus und Kind" abgenommen würde. Es ist daher vernünftig und dem Ziel der Gleichberechtigung entsprechend, daß diese Form der Mitarbeit vom Gesetzgeber nicht unberücksichtigt bleibt, wie es vor dem GleichbG der Fall war, sondern daß diese Tätigkeit durch ein Äquivalent auszugleichen ist. Endigt der Güterstand der Zugewinngemeinschaft nicht durch den Tod eines Ehegatten, so erhält ein Ehegatte gemäß den §§ 1373 ff BGB einen konkret auszurechnenden Zugewinnausgleichsanspruch. Im Todesfall soll der Zugewinn nicht im einzelnen errechnet werden, sondern abstrakt und pauschal durch die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils bzw. des Pflichtteils abgegolten werden. Das ist die sogenannte erbrechtliche Lösung[2].

---

1) vgl. BT-Drucksache 3409, schriftlicher Bericht S.8 ff (16), wo davon ausgegangen wird, daß der Grund des Zugewinnausgleiches in der "Mitarbeit in der Ehe an dem Erwerb des anderen Ehegatten"liegt.

2) Die erbrechtliche Lösung mit ihrer abstrakten und pauschalen Regelung des Zugewinnausgleichs gemäß § 1371 Abs.1 BGB steht in einem Gegensatz zu der güterrechtlichen Lösung gemäß § 1371 Abs.2 BGB. Hiernach kann der nicht erhöhte Pflichtteil

Damit soll die schon ohnehin schwierige Berechnung des tatsächlichen Zugewinns, die im Todesfall eines Ehegatten noch schwerer werden würde, vermieden werden. Man denke an die Belastung der persönlichen Beziehungen zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben, bedingt durch die Streitigkeiten um die Berechnung des Zugewinns.

Zum anderen glaubte der Gesetzgeber, durch die Lösung in § 1371 Abs.1 BGB Ungerechtigkeiten zu vermeiden, die sich bei der konkret auszurechnenden Zugewinnausgleichsforderung dann ergeben können, wenn sich der Geldwert zwischen dem Anfangs- und dem Endvermögen ändert[1].

---

2) (Fortsetzung von Seite 1):
und der Ausgleich des Zugewinns nach den Vorschriften der §§ 1373 bis 1383, 1390 verlangt werden. - Die Begriffe erbrechtliche und güterrechtliche Lösung sind nicht zu verwechseln mit der zu untersuchenden Frage, ob die Vorschrift des § 1371 güterrechtlich oder erbrechtlich erklärt werden muß.

1) BT-Drucksache, schriftlicher Bericht 3409, S.15

## § 1

## Verfassungsmäßigkeit

I. § 1371 Abs.1 BGB verstößt nicht gegen Art.3 Abs.2 GG

A. Die behauptete Ungleichheit zwischen Ehemann und Ehefrau

Bevor auf die mit der Vorschrift des § 1371 BGB verbundenen pflichtteilsrechtlichen Probleme eingegangen wird, ist zunächst die im Schrifttum ungelöste Frage nach der Verfassungsgemäßheit des § 1371 Abs.1 BGB zu beantworten.

Man muß sich einmal nach den Konsequenzen des Falles fragen, daß nicht der Ehemann, sondern die Ehefrau vorverstirbt. Auch hierbei ist von dem Regelfall auszugehen, den der Gesetzgeber des GleichbG im Auge hatte: Die Ehefrau erfüllt ihre Unterhaltsverpflichtung durch die Führung des Haushalts. Der Ehemann ist allein berufstätig. Bei dem Tode seiner Frau hat er einen Vermögenszuwachs für die Zeit während der Ehe zu verzeichnen, nicht aber die vorverstorbene Ehefrau. Der Ehemann als gesetzlicher Erbe braucht nun gemäß § 1371 Abs.1 BGB nicht den Vermögenszuwachs auszugleichen, obwohl die Zugewinnausgleichsforderung seiner Ehefrau gegen ihn gerichtet wäre (§ 1378 Abs.1 BGB). Darüber hinaus wird sein gesetzliches Erbrecht gemäß § 1371 Abs.1 BGB noch um ein Viertel erhöht. Das läßt sich mit dem gesetzgeberischen Zweck des Zugewinnausgleichsanspruches, Beteiligung am Vermögenszuwachs durch die häusliche Tätigkeit[1)], nicht rechtfertigen.

Versteht man nun den Regelfall dahin, daß der Ehemann vorverstirbt, so läßt sich hingegen sagen, daß die Frau den ihr zustehenden Beteiligungsanspruch im Gewande der pauschalen Erbrechtsverstärkung erhält.

Vergleicht man die beiden Rechtslagen, so kann man folgendes feststellen: Der Ehemann erhält im Fall seines Vorversterbens keine Erbrechtserhöhung. Eine solche steht ihm unter dem Gesichtspunkt eines Zugewinnausgleichs aber auch gar nicht zu.

---

1) s. S.1 f d.D.

Im Falle des Vorversterbens ist dem Ehemann also dadurch keine Ungerechtigkeit widerfahren, daß er am Zugewinnausgleich nicht teilnimmt. Im Falle seines Überlebens erhält er den nicht gerechtfertigten Ausgleich gemäß § 1371 Abs.1 BGB. Stirbt aber die Frau zuerst, so widerfährt der Ehefrau dadurch eine Ungerechtigkeit, daß sie den ihr regelmäßig zustehenden Zugewinnausgleich nicht erhalten hat. Nur im Falle ihres Überlebens erhält sie den ihr zustehenden Zugewinnausgleich. Daraus könnte man folgern, daß § 1371 Abs.1 BGB eine Regelung schafft, die immer nur den Ehemann besser stellt als die Ehefrau[1]. Eine solche ungleiche Behandlung von Ehemann und Ehefrau könnte dann als Verstoß gegen Art.3 Abs.2 GG gewertet werden[2].

a) Die Anwendbarkeit des Art.3 Abs.2 GG

Zunächst ist festzustellen, daß Art.3 Abs.2 GG auch für die Vorschrift des § 1371 gilt. Dazu sind einige Vorfragen zu beantworten. Enthält Art.3 Abs.2 GG einen bindenden Rechtssatz oder nur einen Programmsatz, der als Generalklausel ohne Konkretisierung durch den Gesetzgeber nicht anwendbar ist[3]? Bezieht

---

1) So Ulmer, NJW 58, 170 f

2) So Ulmer, a.a.O. S.173 und derselbe im FamRZ 1958, 113 ff (113 Anm. 10 u. vgl. S.114: "Die armen Waisen können sich angesichts des durch § 1371 I unangemessen begünstigten Stiefvaters am Grabe der Mutter mit Recht fragen: War unsere tote Mutter nun eigentlich gleichberechtigt? ... Was man tatsächlich erreichte, ist die Besserstellung der geschiedenen Frau und der Witwe und unangemessene Besserstellung des Witwers zu Lasten einer erheblichen Schlechterstellung der Frau und ihrer Erben."

Eine Verfassungsverletzung nimmt ebenfalls Bärmann an AcP 1957, 183 ff (212); vgl. denselben dazu auch in JZ 1958, 225 ff. Ulmers Annahme der Verfassungsverletzung wird für richtig gehalten von Tiedau, MDR 1958, 377 ff (381 zu Anm. 42)..Das Problem erwähnt ohne Stellungnahme Gernhuber, Lehrbuch S.319 Anm.2. Ulmers und Bärmanns Auffassung als Fragestellung unterstützend: Thierfelder FamRZ 1959, 389 ff (391 Anm.42). Die Verfassungsverletzung verneint Schwab, jedoch ohne Begründung. JuS 1965, 432 ff (433 Anm.2), ebenso Hampel FamRZ 1960, 461 ff. (466 zu Anm.40). S. dazu S.8 Anm.2 d.D.

3) So noch verschiedene Gerichte und Autoren für die Zeit nach dem 31.3.1953. Vgl. für viele LG Gießen NJW 1953, 666 f und die weiteren Literaturangaben bei Dölle, Familienrecht Bd.I S.27 Anm.16

sich Art.3 Abs.2 GG überhaupt auf das Eherecht, oder zielt es nur auf eine Gleichberechtigung von Mann und Frau außerhalb der Ehe ab?

Schon aus Art.117 Abs.1 GG läßt sich entnehmen, daß Art.3 Abs.2 GG unmittelbar geltendes Recht ist: Art.117 Abs.1 GG suspendiert die unmittelbare Geltung des Art.3 Abs.2 GG lediglich bis zum 31.3.1953. Ebenso hat das Bundesverfassungsgericht[1] zu der Frage der unmittelbaren Anwendung des Art.3 Abs.2 GG in einer ausführlichen Urteilsbegründung Stellung genommen. Unter Hinweis auf das richtige Verhältnis von Art.3 Abs.1 GG und Art.3 Abs.2 GG kommt das Gericht[2] zu dem Ergebnis, daß Art.3 Abs.2 GG eine echte Rechtsnorm darstellt. - Darüber hinaus läßt sich mit dem Bundesverfassungsgericht[3] darauf hinweisen, daß auch die zivilrechtlichen Generalklauseln trotz ihrer mangelnden Konkretisierung unmittelbar geltendes Recht sind.

Art.3 Abs.2 GG hat also nicht die Wirkung eines Programmsatzes, sondern ist unmittelbar geltendes Recht.

Es ist gesagt worden, daß Art.2 Abs.2 GG Ehe und Familie überhaupt nicht betreffe, weil er die Gleichberechtigung nur dort meine, wo Männer und Frauen die gleichen Funktionen erfüllen[4]. Das sei z.B. der Fall, wenn Mann und Frau als Arbeitnehmer tätig sind. Diese Auffassung läßt sich nicht mit Art.3 Abs.2 GG in Einklang bringen. Art.3 Abs.2 GG spricht nicht von einer partiellen Gleichberechtigung.

Diesem Ergebnis steht Art.6 Abs.1 GG nicht entgegen.

Es ist versucht worden, im Anschluß an die h.M. zu Art.119 WV[5] den Art.6 Abs.1 GG als einen mehr oder weniger verbindlichen Grundsatz hinzustellen[6]. Demgegenüber weist das Bundesverfassungsgericht[7] auf die einmütigen Erklärungen aller Sprecher in der 17. und 42. Sitzung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates hin, daß die programmatisch gemeinte Bestim-

---

1) BVerfG 3, 225 ff
2) a.a.O. S.239 ff
3) a.a.O. S.243
4) So Neuhaus JZ 1952, 523 u. Arnold MDR 1953, 259 f
5) vgl. Anschütz a.a.O. Bem.1 u.2 zu Art.119 WV
6) Paulick FamRZ 1954, 30 ff (32); Maunz a.a.O. S.99: "Art.6 Abs.1 GG kann ... wohl nur programmatische Bedeutung haben." - Vgl. Mangoldt-Klein, Art.6 Anm.III 3. u. Wernicke in BK Art.II 1 e zu Art.6
7) BVerfG 3, 225 ff (242).

mung der Weimarer Verfassung in aktuell geltendes Recht fortzuentwickeln sei. Art.6 Abs.1 GG ist also unmittelbar geltendes Recht.[1)]

Die Feststellung, daß Art.3 Abs.2 und 6 Abs.1 GG unmittelbar geltendes Recht sind, zieht die weitere Frage nach sich, wie sich Art.3 Abs.2 GG zu Art.6 Abs.1 GG verhält.

Es lassen sich drei Meinungen über das Verhältnis von Art.3 Abs.2 GG zu Art.6 Abs.1 GG zusammenstellen. Den drei Auffassungen ist gemeinsam, daß sie beide Grundrechtsnormen für unmittelbar geltendes Recht halten.

Die eine Meinung geht dahin, daß Art.6 Abs.1 dem Art.3 Abs.2 GG vorgeht[2)]. Diese Auffassung wird im wesentlichen damit begründet, daß "Ehe und Familie so, wie sie in der abendländischen Welt seit unvordenklicher Zeit bestanden haben, in ihrer Grundform verfassungsrechtlich gewährleistet" seien und nicht durch den Verfassungsgesetzgeber geändert werden könnten.

Eine andere Ansicht betrachtet das Verhältnis beider Grundrechte in umgekehrter Richtung. Dieser Ansicht liegt die Auffassung zugrunde, daß das Gebot, Ehe und Familie zu schützen, den Gesetzgeber nur in dem Umfange treffen könne, wie er nicht bereits durch Art.3 Abs.2 GG gebunden sei[3)]. Das Grundrecht der Gleichberechtigung genieße daher den Vorrang vor der Rechtsschutzgarantie für Ehe und Familie.

Beiden Auffassungen ist entgegenzuhalten, daß sich dadurch, daß Art.3 Abs.2 GG und Art.6 Abs.1 GG in den Grundrechtskatalog aufgenommen worden sind, bei unvoreingenommener Betrachtungsweise nichts für eine Vorrangigkeit eines der beiden Grundrechtsbestimmungen entnehmen läßt. Im Gegenteil, aus der Entstehungsgeschichte beider Vorschriften wird ersichtlich, daß beide Grundrechtsnormen nebeneinander anwendbar sein sollen, und zwar ohne Hervorhebung der einen vor der anderen.

Aus alledem ergibt sich, daß Art.3 Abs.2 GG uneingeschränkt für die Vorschrift des § 1371 BGB gilt.

---

1) So Bosch FamRZ 66, 57 ff (66)
2) So Bosch SJZ 1950, 625 ff (627); Ders., Familienrechtsreform S.86; vgl. Dürig FamRZ 1954, 2 ff (4)
3) Krüger JZ 52, 613 ff

b) Keine ausschließliche Ungleichheit zwischen Erst- und Letztverstorbenen

Zunächst ist zu überlegen, ob die behauptete Ungleichheit sich tatsächlich als ein Problem der Ungleichheit zwischen Ehemann und Ehefrau darstellt, oder ob es sich hier nicht um eine Ungleichheit zwischen Erst- und Letztversterbenden handelt. Diese Möglichkeit deutet Ulmer an[1], ohne sie aber nachzuprüfen, oder gar rechtliche Konsequenzen daraus zu ziehen, indem er erwähnt, daß der Gesetzgeber immer nur den trauernden überlebenden Ehegatten, nicht aber den Erblasser und dessen Waisen im Auge hatte.

Nun ist die oben behauptete Ungleichheit zwischen Ehemann und Ehefrau stets auch eine Ungleichheit zwischen Erst- und Letztversterbenden. Mit dieser Feststellung allein läßt sich aber nicht die Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes i.S. von Art.3 Abs.2 GG aus dem Wege räumen, so daß nur noch eine Verletzung des Art.3 Abs.1 GG zu untersuchen wäre:

Oben[2] wurde ausgeführt, daß der Ehefrau im Falle ihres Vorversterbens dadurch eine Ungerechtigkeit widerfahren ist, daß sie den ihr regelmäßig zustehenden Zugewinnausgleich nie erlangt hat. Es ist aber belanglos, ob man in diesem Falle von einer Ungleichheit zwischen Erst- und Letztversterbenden oder von einer Ungleichheit zwischen Ehefrau und Ehemann spricht. Die Verwendung der Ausdrücke "Erst- und Letztversterbende" stellt hier lediglich eine Verdeckung des Problems durch den Gebrauch anderer Worte dar[3].

c) Keine ausschließliche Ungleichheit zwischen den Erben der Ehegatten

Auch läßt sich gegen die behauptete Verletzung des Art.3 Abs.2 GG nicht einwenden, daß § 1371 Abs.1 BGB lediglich eine Schlechterstellung der Erben der Ehefrau zur Folge hat und somit nur eine Verletzung des Art.3 Abs.1 GG zu prüfen sei. Die unterschiedliche Behandlung der Erben ist lediglich eine Folge der aus § 1371 Abs.1 BGB resultierenden unterschiedlichen Behandlung der Ehegatten. Art.3 Abs.2 GG gibt nichts dafür her,

---

1) a.a.O.
2) s. S.4 d.D.
3) Vgl. Zum Verbot der Verwendung neutraler Begriffe, um den Gleichheitssatz zu umgehen, Gernhuber, Lehrbuch S.48 Anm.4

daß das Gleichberechtigungsgebot nicht auch für die Rechtsnachfolger von Ehemann und Ehefrau gelten soll.

d) Der gesetzgeberische Zweckgedanke rechtfertigt keine Verletzung des Art.3 Abs.2 GG

Weiter ließe sich gegen die behauptete Verfassungsverletzung darauf hinweisen, daß die ungleiche Behandlung der Ehegatten sich durch den gesetzgeberischen Zweck in § 1371 Abs.1 BGB[1] rechtfertigen lasse[2]. Eine ungleiche Behandlung von Ehemann und Ehefrau durch ein Gesetz kann aber nicht durch den gesetzgeberischen Zweckgedanken gerechtfertigt werden. Ließe man nämlich den Zweckgedanken eines einfachen Gesetzes für eine Verletzung des Art.3 Abs.2 GG entscheiden, so könnte man zu Recht mit dem Bundesverfassungsgericht[3] sagen: "Diese Frage überhaupt stellen, hieße in einem circulus vitiosus die vom Grundgesetz bereits getroffene politische Entscheidung zurückspielen und Art.3 Abs.2 (3) GG seiner rechtlichen Bedeutung entkleiden"[4].

e) Die Ehegatten haben der behaupteten Ungleichheit nicht zugestimmt

Eine Verfassungsverletzung wird gelegentlich auch mit der Begründung verneint, daß die Eheleute durch ihre Wahl des gesetzlichen Güterstandes den Folgen des § 1371 Abs.1 BGB zugestimmt hätten[5]. Dieser Hinweise ist in diesem Zusammenhang nicht überzeugend. Der gesetzliche Güterstand bezweckt u.a.,

---

1) s.oben S.1 ff d.D.
2) So Hampel FamRZ 1960, 461 ff (466 vor Anm.40)
3) BVerfG 3, S.240
4) Art.3 Abs.2 GG ist vor Art.3 Abs.1 GG zu prüfen. Das richtige Verhältnis beider Grundrechte wird vielfach mißverstanden. Das ist auch Staudinger-Felgentraeger - Einl 146 zu § 1363 ff entgegenzuhalten. Felgentraeger hält die Bevorzugung des Mannes durch das Recht der einseitigen Gütertrennungserklärung deshalb für verfassungsgemäß, weil das GleichbG eine Bevorzugung wegen des Geschlechtsunterschiedes nicht b e a b s i c h t i g t (vom Verfasser hervorgehoben). Die gesetzgeberische Absicht ist kein Kriterium für die Prüfung der Verletzung des Art.3 Abs.2 GG. Gesetzgeberische Willkür kann eine Verletzung des Art.3 Abs.1 GG begründen.
5) vgl. Meyer, JR 50, 265 ff (266): "Der Gleichberechtigung stehen entgegen zwingende Bestimmungen, die ihre Durchführung versperren, nicht schon D i s p o s i t i v normen, die durch Vertrag zu umgehen sind."

gerade für die Eheleute eine güterrechtliche Regelung zu treffen, die die vermögensrechtlichen Angelegenheiten ihrer Ehe nicht besonders regeln wollen und dieses auch auf Grund von Unkenntnis nicht können. Hier anzunehmen, daß solche Eheleute den Folgen des § 1371 Abs.1 BGB zugestimmt hätten, ist eine lebensfremde und unbegründete Unterstellung[1].

Ähnliche Überlegungen sind dem Einwand entgegenzusetzen, der darauf abzielt, daß der verstorbene Ehegatte dadurch den Folgen des § 1371 BGB zugestimmt hätte, daß er kein Testament errichtet habe[2]. Hinzu kommt die Überlegung, daß der Todesfall eintreten kann, bevor überhaupt an die Möglichkeit einer Testamentserrichtung gedacht worden ist.

") Die Auslegung Bärmanns kann die behauptete Ungleichheit nicht beseitigen

Eine Auslegung von Bärmann[3] zum § 1371 Abs.1 BGB ist geeignet, die oben festgestellte ungleiche Behandlung von Ehemann und Ehefrau auszuschließen. Wäre Bärmanns Auffassung zuzustimmen, so wäre für eine weitere Prüfung der eventuellen Verletzung des Art.3 Abs.2 GG kein Raum. Der Auslegung Bärmanns kommt deshalb in diesem Zusammenhang große Bedeutung zu.

Bärmann[4] vertritt im Ergebnis die folgende Ansicht: Ist der überlebende Ehegatte nicht forderungsberechtigt, weil die Berechnung des Zugewinns beider Ehegatten einen Ausgleichsanspruch zugunsten des verstorbenen Ehegatten ergibt, so steht die gesetzliche Erbteilserhöhung des § 1371 Abs.1 BGB dem überlebenden Ehegatten nicht zu. Die Ausgleichsforderung i.S. der §§ 1373 ff geht in diesem Fall für Bärmann auf die Erben des

---

1) Vgl. Knur , DNotZ 53, 229 ff (230); vgl. auch Sturm, NJW 61, 1439 mit seiner These, daß das Gesetz davon ausgeht, daß der Zugewinnausgleich nach § 1371 Abs.1 auf der freiwilligen Zustimmung beider Ehegatten beruhe, weil einerseits der Erblasser den Ehegatten nicht enterbt, und andererseits der überlebende Ehegatte seinen Erbteil auch nicht ausgeschlagen habe.

2) Vgl. Rötelmann, NJW 63, 1347, der lediglich die Frage aufwirft und dem BVerfG - Urt.v.20.3.63 in NJW 63, 947, zur Unvereinbarkeit des § 6 Abs.1 Satz 3 Höfe f.d.britische Zone - den Vorwurf macht, diese Frage übergangen zu haben.

3) AcP 157, 145 ff

4) a.a.O. 172 vgl.auch S.174, 1 Abs.1

verstorbenen Ehegatten über.

Bärmann[1] geht davon aus, daß die erst mit Beendigung des gesetzlichen Güterstandes entstehende Ausgleichsforderung gewisse Rechtswirkungen bereits vor ihrer Entstehung äußert. Das zeigt sich durch die Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365 BGB ff. Bärmann geht offenbar von der richtigen Überlegung aus, daß die Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365 ff BGB nicht allein der Erhaltung des Familienbesitzes zu dienen bestimmt sind, sondern auch den Zugewinn der Ehegatten erhalten sollen[2]. Weiter weist Bärmann auf das Recht auf Unterrichtung über den Vermögensstand gemäß § 1377 Abs.2 BGB und auf das Recht der vorzeitigen Geltendmachung gem. § 1386 BGB hin. Diese bereits während des Güterstandes bestehende "schuldrechtliche" Gemeinschaft zwischen den Ehegatten rechtfertigt für Bärmann die Annahme eines Anwartschaftsrechtes auf die Zugewinnausgleichsforderung. Dieses Anwartschaftsrecht wird nach der Auffassung von Bärmann im Augenblick der Beendigung des Güterstandes durch den Tod eines Ehegatten zum Vollrecht. Für den Fall des § 1371 Abs.1 BGB führt er[3] aus, daß man nicht von einer pauschalen "Verwirklichung" des Zugewinnausgleiches sprechen könne, indem überhaupt kein errechenbarer Zugewinn zugunsten des Überlebenden vorläge. In diesen Fällen, so folgert Bärmann weiter, müsse die zugunsten des vorversterbenden Ehegatten errechnete Zugewinnausgleichsforderung auf dessen Erben übergehen.

Die Umwandlung des von Bärmann bezeichneten Anwartschaftsrechts auf die Zugewinnausgleichsforderung in ein Vollrecht im Vererbungsfall ergibt sich für Bärmann[4] auch aus der Überlegung, daß die dem erstversterbenden Ehegatten an sich zustehende Zugewinnausgleichsforderung durch dessen Tod nicht zu einem juristischen Nichts werden könne.

Schließlich weist Bärmann[5] darauf hin, daß seine Konstruktion von der Umwandlung des Anwartschaftsrechts in ein Vollrecht auch in einem anderen Fall des Zugewinnausgleichs unumgänglich sei, nämlich dann, wenn beide Ehegatten gleichzeitig versterben.

---

1) a.a.O. S.171 ff
2) Vgl. Palandt-Lauterbach § 1365 Anm.1
3) a.a.O. S.173 4) a.a.O. S.172 5) a.a.O.

Einmal ist Bärmann entgegenzuhalten, daß § 1371 Abs.1 BGB ausdrücklich sagt, daß die Erbteilserhöhung unabhängig davon erfolgt, ob die Ehegatten im einzelnen Fall einen Zugewinn erzielt haben. Das Gesetz spricht also selbst aus, daß die dem Ehegatten an sich zustehende Zugewinnausgleichsforderung sich durchaus in ein juristisches "Nichts" verwandeln kann. Man muß also in § 1371 Abs.1 BGB nicht nur eine p a u s c h a l e Verwirklichung des Zugewinnausgleichs sehen, sondern auch eine a b s t r a k t e ; mit anderen Worten: In § 1371 Abs.1 BGB wird unwiderlegbar vermutet, daß der überlebende Ehegatte ausgleichsberechtigt ist (abstrakte Lösung) und daß die gesetzliche Erbteilserhöhung der Höhe nach der Zugewinnausgleichsforderung entspricht (pauschale Lösung). Mit Hilfe der abstrakten und pauschalen Lösung ist § 1371 BGB güterrechtlich zu erklären[1]. Außerdem ist hierbei daran zu denken, daß der Zugewinnausgleich kein Lohn für geleistete Arbeit[2] ist - dann wäre die abstrakte und pauschale Lösung in § 1371 Abs.1 BGB als merkwürdig zu bezeichnen -, sondern daß sie Ausdruck der umfassenden Lebens- und Schicksalsgemeinschaft von Mann und Frau auf wirtschaftlichem Gebiet ist[3]. Dieses ist auch Staudinger-Felgentraeger[4] entgegenzuhalten, wenn er meint, daß die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils nicht mehr, ohne den Dingen Gewalt anzutun, als ein Mittel angesehen werden könne, den Ausgleich des Zugewinns rechtstechnisch zu verwirklichen.

Zudem ist der Hinweis Bärmanns, daß die Konstruktion der Umwandlung des "Anwartschaftsrechts" in ein Vollrecht auch im Falle des gleichzeitigen Versterbens beider Ehegatten unumgänglich sei, nicht überzeugend. Das ergibt sich aus dem Folgenden: Bärmann ist darin zuzustimmen, daß hier nicht die erb-

---

1) Siehe zu den Begriffen erbrechtliche und güterrechtliche Lösung und zu der Notwendigkeit davon die Frage zu trennen, ob § 1371 BGB güterrechtlich zu erklären ist: S.1 f zu Anm.2 d.D.
2) So aber Boehmer, Teilreform des Familienrechts, S.24, der den Zugewinnausgleich mit "Lohn" vergleicht, welcher schon zu Lebzeiten des Erstverstorbenen "verdient" sei. Deshalb sei durch die Regelung des § 1371 Abs.1 BGB "der Grundgedanke des Zugewinnausgleichs denatuiert"; im Prinzip ebenso Gernhuber, FamRZ 1958 243 ff (247), dadurch daß er den Ausgleich der Mitarbeit i.S. von § 1356 Abs.2 BGB nach Auflösung der Ehe durch § 1371 Abs.1 BGB für nicht gerecht hält.
3) Thiele, FamRZ 1958, 396
4) Vorbem.13 zu § 1371 BGB

rechtliche Lösung gemäß § 1371 Abs.1 BGB Platz greifen kann. § 1371 BGB spricht davon, daß sich im Fall des Todes e i n e s Ehegatten der gesetzliche Erbteil des ü b e r l e b e n d e n Ehegatten erhöht. Schon der Wortfassung nach ist hier also kein Raum für eine Subsumierung unter der Vorschrift des § 1371 Abs.1 BGB.

Aber auch der Sinngehalt des § 1371 BGB ergibt, daß sich nicht einmal der Rechtsgedanke des Abs.1 auf den Fall des gleichzeitigen Todes beider Ehegatten anwenden läßt. Würde man nämlich den Erben beider Ehegatten den erhöhten Erbteil zugestehen, so wäre diese nur möglich, wenn mit § 1371 Abs.1 BGB eine erbrechtliche Besserstellung beabsichtigt wäre. § 1371 Abs.1 BGB ist vielmehr mit Hilfe der Erklärung der doppelten Vermutung güterrechtlich zu erklären.

Gegen Bärmann ist festzustellen, daß die Lösung des Falles des gleichzeitigen Todes beider Ehegatten unmittelbar aus dem Gesetz zu entnehmen ist: Gemäß § 1923 Abs.1 BGB kann in diesem Falle kein Ehegatte den anderen beerben. Hinsichtlich des Zugewinnausgleichs gilt § 1372 BGB. § 1372 BGB lautet: "Wird der Güterstand auf andere Weise als durch den Tod e i n e s Ehegatten beendet, so wird der Zugewinn nach den Vorschriften der §§ 1373 bis 1390 BGB ausgeglichen." Der Zugewinnausgleichsanspruch geht in diesem Falle also auf die Erben des ausgleichsberechtigten Ehegatten über[1].

Darüber hinaus ist Bärmanns Bemühen um eine "verfassungskonforme" Auslegung entgegenzuhalten, daß sie nicht eine Gesetzesauslegung, sondern ein Verstoß gegen das Gesetz darstellt, und zwar gegen § 1378 Abs.3 BGB[2]. Diese Vorschrift kommt nur zur Anwendung in den Fällen der §§ 1371 Abs.2 und des § 1372 BGB. § 1371 Abs.2 BGB regelt den Fall, daß der überlebende Ehegatte nicht Erbe und nicht Vermächtnisnehmer wird. Nach § 1372 BGB muß der Güterstand auf andere Weise als durch den Tod eines Ehegatten beendet werden. Die generelle Vererbbarkeit der Zugewinnausgleichsforderung stellt aber keinen

1) a.A. Thiele FamRZ 1958, 397, nach dessen Auffassung entsteht in diesem Falle keine Ausgleichsforderung.
2) So auch Knur, Problem der Zugewinngemeinschaft, S.25 Anm.40

der beiden Fälle dar[1].

Bärmanns Bemühen um eine verfassungskonforme Auslegung ist also nicht geeignet, die behauptete Verfassungsverletzung durch § 1371 Abs.1 BGB zu beseitigen. Es bleibt also die obige Behauptung, daß nach § 1371 Abs.1 BGB die Ehefrau immer schlechter gestellt ist als der Ehemann, § 1371 Abs.1 BGB somit eine Verletzung des Art.3 Abs.2 GG darstellt, unwiderlegt.

B. Die Methode der Prüfung der Verletzung des Art.3 Abs.2 GG

Abstrakt gesehen, liegt in der Regelung des § 1371 BGB eine Schlechterstellung eines Ehegatten nicht vor. Denn jeder Ehegatte kann den Zugewinn erwerben, und bei jedem Ehegatten tritt die gleiche Rechtsfolge ein. Nur im Konkreten können sich Unterschiede ergeben. Da aber eine Gleichheit im Abstrakten gegeben ist, können Unterschiede im Konkreten nur dann von Bedeutung sein, wenn sie die abstrakte Regelung vereiteln.

Es soll deshalb die Ungleichheit zwischen Ehemann und Ehefrau in ihren rein tatsächlichen Auswirkungen, soweit das möglich ist, nachgegangen werden. Stellt sich dabei heraus, daß die behauptete Ungleichheit zwischen Ehemann und Ehefrau, bezogen auf die Gesamtzahl der Auflösungen der Ehen im gesetzlichen Güterstand durch den Tod eines Ehegatten, möglicherweise nur gering oder gar nicht vorhanden ist, dann muß es in diesem Falle zulässig sein, von dem vom Bundesverfassungsgericht[2] entwickelten Grundsatz auszugehen, wonach die Vermutung besteht, daß ein Gesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist[3]. Das heißt, es kann vermutet werden, daß die in den Einzelfällen mögliche Schlechterstellung der Ehefrauen einer gleichen Anzahl von Benachteiligungsfällen seitens der Ehemänner gegenübersteht.

Die Methode der Feststellung der Auswirkungen des § 1371 Abs.1 BGB im tatsächlichen Bereich auf eine eventuelle Verletzung des Art.3 Abs.2 GG mag eine gewisse Rechtfertigung durch

---

1) Bärmanns These von der Vererbbarkeit des Zugewinnausgleichsanspruchs entspricht jedoch interessanterweise dem Art.1569 Abs.2 Satz 2 cc nF des französischen Familienrechtsänderungsgesetzes - s.dazu S.17 Anm.3 d.D.
2) BVerfG 2, 266 ff (282)
3) vgl. dazu auch Bender MDR 1959, 441 ff

die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 10.5.1957[1] erhalten. Das Bundesverfassungsgericht stellt sich hier auf den Standpunkt, daß der Verfassungsgesetzgeber eine Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau wollte, wie sie geschichtlich Wirklichkeit geworden ist. Zum anderen erfährt die hier versuchte Methode der Prüfung der eventuellen Verfassungsverletzung dadurch eine Rechtfertigung, daß die vom Schrifttum[2] aufgestellten Abgrenzungskriterien zu Art.3 Abs.2 GG sehr vage[3] sind, für den Einzelfall und darüber hinaus auf die Ungleichheitsfälle des § 1371 Abs.1 BGB nicht passen[4].

a) Die tatsächlichen Auswirkungen

Im Statistischen Jahrbuch 1963[5] ist darauf hingewiesen, daß von 100 Ehen zehn geschieden werden. In den Scheidungsfällen scheidet die Lösung des § 1371 Abs.1 BGB aus. In 70 von 100 Ehen stirbt der Mann zuerst[6]. Hieraus ergibt sich, daß nur in 30 % aller Ehen, die durch den Tod eines Ehegatten beendet werden, eine Schlechterstellung der Frau überhaupt denkbar ist. 77,5 % der Frauen leisten ihren Unterhaltsbeitrag allein durch Führung des Haushaltes und 7,5 % durch einen selbständigen Beruf[7]. Die berufstätigen Frauen vermehren ihr Vermögen im wesentlichen in gleicher Weise wie ihre Männer. In diesen Fällen kommt grundsätzlich eine Schlechterstellung der Ehefrauen durch § 1371 Abs.1 BGB ebenfalls nicht in Betracht.

---

1) BVerfG 6, 389 ff
2) vgl. einerseits Gernhuber, Lehrbuch S.45; "Der Gleichberechtigungsgrundsatz enthält ein absolutes Differenzierungsverbot", und andererseits BVerfG 3,225 ff, wonach Art.3 Abs.2 GG funktionale Unterschiede erlaubt.
3) vgl. Dölle, Lehrbuch I S.31: "Ein logisches Merkmal ist nicht ersichtlich."
4) Vgl.auch zu der hier geübten Methode der Prüfung der Verletzung des Art.3 Abs.2 GG im tatsächlichen Bereich Braga, FamRZ 1957, 334 ff (335). Dieder bezweifelt die Gerechtigkeit der erbrechtlichen Lösung im § 1371 Abs.1 BGB. Für ihn erledigt sich das Problem im wesentlichen durch die folgende Begründung: "Die schematische Behandlung der Erbfolge - ausgerichtet an der Mehrzahl der Fälle - liegt in der Natur des Erbrechts. Eine solche starre Regelung der Erbfolge - mag sie auch in Einzelfällen ungerecht sein - ist notwendig, weil es nicht anders geht."
5) S.140 6) S.Anm.5
7) zit. nach Scheffler, GrR IV, 1, S.292

Zu bedenken ist außerdem, daß der größere Zugewinn nicht immer durch den Ehemann, sondern zuweilen auch durch die Ehefrau erzielt wird, so, wenn der Ehemann anstelle der Ehefrau die hausfraulichen Arbeiten verrichtet (bedingt durch Kriegs-, Unfallverletzungen oder aus sonstigen Gründen) und die Ehefrau ganz oder überwiegend berufstätig ist[1]. Stirbt in einer solchen Ehe die Ehefrau zuerst, so würde der Ehemann nur das erhalten, was ihm gerechterweise zusteht[2]. Dieses ist also eine weitere, wenn auch zahlenmäßig kleine Gruppe, in der eine Schlechterstellung der Frau nicht in Betracht kommen kann.

Diese Gruppen lassen sich noch vermehren durch einen Hinweis auf die Rechtslage der §§ 1353 ff BGB. Gemäß § 1356 Abs.1 Satz 2 BGB ist die Frau berechtigt, erwerbstätig zu sein, soweit dies mit ihren Pflichten in Ehe und Familie vereinbar ist. Gemäß § 1360 Satz 2 BGB erfüllt die Frau ihre Unterhaltsverpflichtung in der Regel durch die Führung des Haushalts; zu einer Erwerbstätigkeit ist sie nur verpflichtet, soweit die Arbeitskraft des Mannes und die Einkünfte der Ehegatten zum Unterhalt der Familie nicht ausreichen und es den Verhältnissen der Ehegatten auch nicht entspricht, daß sie den Stamm ihrer Vermögen verwerten. Diesem Recht der Ehefrau steht nur eine beschränkte Pflicht zur beruflichen Tätigkeit gegenüber. Das hieraus resultierende Wahlrecht der Ehefrau findet kein entsprechendes Korrelat in der Rechten- und Pflichtenstellung des Ehemannes.

Macht nun die Ehefrau von ihrem Wahlrecht in dem Sinne Gebrauch, daß sie sich nur dem Haushalt widmet und nicht berufstätig ist, dann erscheint es folgerichtig, die Lösung des § 1371 Abs.1 BGB in diesen Fällen zu rechtfertigen, indem man sagt: Die Ehefrau ist so zu behandeln, als wäre sie berufstätig gewesen und hätte einen Zugewinn, der dem des Ehemannes entspricht, erzielt.

---

1) vgl. dazu Boehmer, Einführung in das Bürgerliche Recht a.a.O. S.172

2) Hierüber wie zu anderen in diesem Zusammenhang interessierenden Fragen gibt es keine statistischen Erhebungen. Vgl.zu den Schwierigkeiten statistischer Erhebungen in der Familie Bühler a.a.O. S.46 ff und die dort angegebene Literatur.
Dieses ergibt sich u.a. auch aus der Korrespondenz des Verfassers mit dem Statistischen Bundesamt v.10.9.1964 und dem Hessischen Minister der Justiz v.9.4.1965

Die Ausführung über das Wahlrecht der Frau und die daraus abgeleitete Konsequenz zeigt wiederum eine Fallgruppe des § 1371 Abs.1 BGB auf, in der eine Schlechterstellung der Ehefrau nicht gegeben ist, wenngleich diese Fallgruppe nur für eine Minderheit von Eheleuten zutrifft.

Zu erwähnen sind auch die zahlenmäßig wohl nicht unbedeutenden Durchschnittsfamilien, in denen der Ehemann nur über ein mittleres oder kleines Einkommen verfügt. Das Einkommen dürfte hier wohl in der Regel für die Bedürfnisse des alltäglichen Lebens ausgegeben werden. Zu einer nennenswerten Vermögensbildung kommt es bei diesen Konsumfamilien dann nicht, mit anderen Worten, ein auszugleichender Zugewinn ist nicht oder fast nicht vorhanden. Oft ist es in diesen Familien auch so, daß Sonderanschaffungen von der Ehefrau durch ihre berufliche Nebenbeschäftigung ermöglicht werden, während das Einkommen des Ehemannes weiterhin für die laufenden Familienausgaben verwertet wird. Hier kommt es also nur oder überwiegend zur Vermögensbildung der Frau[1].

In einer weiteren Fallgruppe liegt ebenfalls eine Schlechterstellung der Ehefrau nicht vor. In vielen Fällen wird der Ehemann das Einkommen, das die laufenden Konsumkosten übersteigt, in Vermögenswerten anlegen, die ihm nicht allein gehören, sondern den Gatten gemeinschaftlich. Beim Erwerb von Grundbesitz ist dieses sogar üblich.

Darüber hinaus bleibt der Hinweis auf die zahlenmäßig allerdings wohl unbedeutende Gruppe, in denen die Ehefrau durch Enterbung ihren Ehemann zwingt, die güterrechtliche Lösung in § 1371 Abs.2 BGB zu suchen. Auch in diesen Fällen liegt keine Schlechterstellung der Ehefrau vor.

Schließlich ist auf die - zahlenmäßig allerdings ebenfalls unbedeutenden - Fälle hinzuweisen, in denen die Eheleute nicht im gesetzlichen Güterstand leben[2]. In diesen Fällen gilt § 1371 BGB nicht.

---

1) vgl. hierzu Boehmer, Einführung in das Bürgerliche Recht S.172: Der "Zugewinn der Frau, der heute bei selbständig tätigen Frauen oft den des Mannes übersteigt."

2) Bis Ende 1963 waren in das Güterrechtsregister des hessischen Gerichts 71 965 Ehepaare aufgenommen. Schreiben des Hess. Ministers der Justiz vom 9.4.1965 an den Verfasser.

b) Ergebnis und Darstellung der eigenen Methoden zur Lösung weiterer Probleme in dieser Darstellung

Aus alledem ergibt sich, daß die aus § 1371 Abs.1 BGB resultierende Schlechterstellung der Ehefrau, bezogen auf die Gesamtzahl der durch diese Vorschrift geregelten Fälle, nur gering oder vielleicht nicht vorhanden ist. Wie oben[1] festgestellt ist, liegt eine Verletzung des Art.3 Abs.2 GG dann nicht vor. § 1371 Abs.1 BGB verstößt nicht gegen Art.3 Abs.2 GG.

Wohl dürfte der Blick in diese tatsächlichen Auswirkungen gezeigt haben, daß die Regelung des § 1371 Abs.1 BGB dem Gedanken der Vermögensbeteiligung[2] nicht in glücklicher Weise gerecht wird[3]. Zugleich ist damit aber auch ein Schlüssel zur Lösung für die in den folgenden §§ dieser Darstellung auftauchenden Probleme gefunden:

Bei der Auslegung des § 1371 BGB ist darauf zu achten, daß die Ungleichheitsfälle nicht erhöht werden. Nur eine solche Auslegung, die das berücksichtigt, ist verfassungskonform. Schränkt man mit dem BVerfG[4] das Gebot der verfassungskonformen Auslegung dahingehend ein, daß sie in keinem Fall den Sinn und Zweck des Gesetzes verfehlen oder verfälschen darf, so ergibt sich somit für diese Darstellung die folgende Erkenntnis:

Da die erbrechtlichen Lösungen des § 1371 BGB geeignet sind, die Ungleichheitsfälle zu erhöhen, darf die erbrechtliche Lösung des § 1371 BGB[5] nur dort angenommen werden, wo sie vom Sinn und Zweck des Gesetzes zwingend vorgeschrieben wird. Läßt sich demgegenüber eine gleichmögliche Auslegung finden, die nicht zur erbrechtlichen Lösung führt, so ist nur die letztere

---

1) s. S.13 d.D. 2) s.S. 1 f d.D.

3) Dieses dürfte wohl der Hauptgrund dafür sein, daß der in Frankreich bislang unbekannte Güterstand der Zugewinngemeinschaft (participation aux acquêts) - hier allerdings nur als Vertragsgüterstand möglich - die erbrechtliche Abgeltung des Zugewinnausgleiches nicht übernommen hat. Im übrigen ist die participation aux acquêts eine eindrucksvolle Rezeption deutschen Rechts - Sturm FamRZ 1966, 161 ff (167).

4) BVerfG 8, 28 ff (34 - s. dazu auch Bender MDR 1959, 441 ff

5) Siehe zu den Begriffen der erbrechtlichen und güterrechtlichen Lösung, S.1 Anm.2 d.D.

verfassungskonform und verdient deshalb den Vorzug[1].

II. § 1371 Abs.1 BGB verstößt nicht gegen Art.3 Abs.1 GG

Bislang ist festgestellt worden, daß gemäß § 1371 Abs.1 BGB eine Schlechterstellung des erstversterbenden Ehegatten im Einzelfall möglich ist. Damit könne eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art.3 Abs.1 GG gegeben sein.

Der Gleichheitsgrundsatz ist dann verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, wenn also die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß[2]. Aus Gründen der gesetzgeberischen Ermessensfreiheit kommt das Bundesverfassungsgericht[3] zu dem richtigen Schluß, daß eine den Gleichheitssatz des Art.3 Abs.1 GG verletzende Willkür nicht schon dann vorliegt, wenn der Gesetzgeber Differenzierungen, die er vornehmen darf, nicht vornimmt.

Es fragt sich somit, ob der Gesetzgeber des GleichbG, der in § 1371 Abs.1 BGB keine Differenzierungen zwischen Erstversterbenden und Letztversterbenden vorgenommen hat, dieses durfte.

Eine Pflicht zur Vornahme der erforderlichen Differenzierung ergibt sich für den Gesetzgeber aus dem Gerechtigkeitsprinzip unserer Verfassung. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht nicht zu entscheiden, ob der Gesetzgeber im einzelnen die "zweckmäßigste", "vernünftigste" oder "gerechteste" Lösung gefunden hat[4]. Das BVerfG kann nur die Überschreitung gewisser äußerer Grenzen beanstanden, es kann dem Gesetzgeber erst dann entgegentreten, wenn für eine von ihm unterlassene Diffe-

---

1) vgl. dazu Lehmann/Henrich a.a.O. S.103, jedoch ausgehend von der güterrechtlichen Funktion des § 1371 BGB: "Jede Gesetzesbestimmung, die im Einzelfall dazu führen kann, daß ein Ehegatte aus dem Nachlaß o h n e G r u n d (weil kein Zugewinn erzielt worden ist) mehr erhält, als ihm nach den erbrechtlichen Regeln zustünde, muß so eng als möglich interpretiert werden."
2) BVerfG 1, 14 ff (52), 1, 208 ff (147)
3) BVerfG 4, 31 ff (42)
4) BVerfG 3, 162 ff (182); 4, 144 ff (155); 11, 245 ff (253)

renzierung sachlich einleuchtende Gründe nicht mehr erkennbar sind, so daß die Aufrechterhaltung der Norm einen Verstoß gegen das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden darstellen würde[1].

Die pauschale und abstrakte Lösung des § 1371 Abs.1 BGB bezweckt, die nach den §§ 1373 ff BGB ohnehin schwierige Berechnung des konkreten Zugewinnausgleichs und die durch den Todesfall noch schwieriger werdende Berechnung zu vermeiden[2]. Diese gesetzgeberische Intention ist auch in der Fassung des § 1371 BGB dadurch zum Ausdruck gekommen, daß es dort heißt: "So wird der Ausgleich des Zugewinns dadurch verwirklicht, daß sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel der Erbschaft erhöht; hierbei ist unerheblich, ob die Ehegatten im einzelnen Fall einen Zugewinn erzielt haben."

Es läßt sich also nicht sagen, daß sachlich einleuchtende Gründe für die mangelnde Differenzierung zwischen Erstversterbendem und Letztversterbendem überhaupt nicht erkennbar sind. Demgegenüber läßt sich nicht vorbringen, daß der gesetzgeberische Zweck nur unvollkommen erreicht sei, weil der überlebende Ehegatte auch dann den Zugewinn errechnen lassen müsse, wenn er sich lediglich Klarheit darüber verschaffen will, welche Lösung für ihn die vorteilhaftere ist: die erbrechtliche oder die güterrechtliche[3]. Das Bundesverfassungsgericht hat aber gerade nicht bei der Prüfung der Verletzung des Art.3 Abs.1 GG, wie festgestellt, zu entscheiden, ob der Gesetzgeber die "zweckmäßigste" oder die "vernünftigste" oder eine vollkommene Lösung gefunden hat.

III. § 1371 Abs.1 BGB verstößt nicht gegen Art.6 Abs.1 GG

Da die Ehefrau für den Fall ihres Vorversterbens nach der Regelung des § 1371 Abs.1 BGB nicht in den Genuß des ihr möglicherweise zustehenden Zugewinnausgleichsanspruches gelangt, könnte man auf den Gedanken verfallen, daß der Ehegatte, um des gerechten Zugewinnausgleichsanspruches habhaft zu werden, versuchen könnte, diesen nach den §§ 1372 ff BGB zu erlangen.

---

1) Das Bundesverfassungsgericht a.a.O. S.104
2) s. S.2 d.D.
3) Siehe zu den Begriffen erbrechtliche und güterrechtliche Lösung: S.1 Anm.2 d.D.

Dieses könnte der Ehegatte u.a. über den Weg der Ehescheidung durchsetzen. Könnte er das, so würde die Vorschrift des § 1371 Abs.1 BGB somit ehefeindlichen Bestrebungen Tür und Tor öffnen. § 1371 Abs.1 BGB enthielte somit einen Verstoß gegen Art.6 Abs.1 GG[1].

Gegen diese Überlegungen, die einen Verstoß gegen Art.6 Abs.1 GG annehmen, ist einmal einzuwenden, daß sie wohl nur theoretisch, praktisch aber kaum vorkommen. Zum anderen sind die Rechtsfolgen aufzuzeigen, die sich für die Ehefrau hinsichtlich der Zugewinnausgleichsforderung nach erfolgter Scheidung ergeben. Die geschiedene Ehefrau kann nicht mehr gesetzliche Erbin werden. Sie verliert ihr gesetzliches Erbrecht und damit ihren Pflichtanteil. Lediglich nach § 1372 BGB kann sie den Zugewinnausgleichsanspruch verlangen. Selbst in dem extremen Fall, daß der gesamte Nachlaß aus Zugewinn besteht, bekommt sie neben gemeinsamen Abkömmlingen durch ihre Machenschaften also nicht mehr, als sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge erhalten würde. Darüber hinaus besteht in dem Falle solch einer Manipulation die Möglichkeit, die Zugewinnausgleichsforderung wegen grober Unbilligkeit nach § 1381 BGB teilweise oder ganz zu versagen[2].

§ 1371 Abs.1 BGB leistet somit der Ehescheidung in keiner Weise Vorschub § 1371 Abs.1 BGB stellt also auch keine Verletzung des Art.6 Abs.1 GG dar.

---

1) Ulmer dieses andeutend in NJW 58, 170 f, eindeutig bejahend in FamRZ 1958, 251: "Vor dem BVerfG kann m.E. eine Inkonsequenz wie die erbrechtliche Lösung mit ihrer scheidungsbegünstigenden Tendenz keinen Bestand haben." Ulmer unterstützend Thierfelder, FamRZ 1959, 389 ff (391)

2) So Staudinger-Felgentraeger § 1381 Anm.7, 27 u.34, a.A. Gernhuber, Lehrbuch S.360

## § 2

## Die Auswirkungen der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils gemäß § 1371 Abs.1 BGB auf das Pflichtteilsrecht des unzureichend bedachten Ehegatten, der Abkömmlinge und der Eltern i.S. der Vorschriften der §§ 2303 ff BGB

### I. Die Auswirkungen der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils gemäß § 1371 Abs.1 BGB auf das Pflichtteilsrecht des unzureichend bedachten Ehegatten i.S. der Vorschriften der §§ 2303 ff BGB

§ 1371 Abs.2 BGB regelt den Fall, daß der überlebende Ehegatte nicht Erbe wird und ihm auch kein Vermächtnis zusteht. Die Vorschrift legt fest, daß sich der Pflichtteil in diesem Falle nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil bestimmt. Diesen nennt man den kleinen Pflichtteil, im Gegensatz zu dem nach § 1371 Abs.1 BGB berechneten Pflichtteil, den man den großen nennt.

#### A. Fragestellung: Kleiner oder großer Pflichtteil in den §§ 2303 ff BGB

Es ist die Frage, welcher Pflichtteil gilt, wenn der überlebende Ehegatte, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte, durch letztwillige Verfügung einen Erbteil oder ein Vermächtnis erhält, die dem Wert nach weniger als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils sind. Gilt in dem sich mit dem Schutz des unzureichend Bedachten befassenden Pflichtteilsbestimmungen der §§ 2303 bis 2307 BGB der kleine, nach §§ 1931 Abs.1 u.2 BGB[1] oder der große nach §§ 1931 und 1371 Abs.1 BGB[2] berechnete Pflichtteil? Können zum Beispiel die Pflichtteilsrestansprüche der §§ 2305 und 2307 BGB bis zur Erreichung des kleinen oder des großen Pflichtteils geltend gemacht werden?[3]

1) So Niederländer, NJW 1960, 1727 ff und Sturm, NJW 1961, 1435 ff. Niederländers Ansicht folgend: Boehmer, Teilreform des Familienrechts,S.37 ff und Habscheid, FamRZ 1962, 446
2) So das übrige einschlägige Schrifttum, vgl. für viele Staudinger-Felgentraeger Vorbem.36 zu § 1371
3) Die Frage nach dem kleinen oder großen Pflichtteil stellt

B. Das Gebot der verfassungskonformen Auslegung

Zunächst ist bei der Frage nach dem kleinen oder großen Pflichtteil in den §§ 2303 ff BGB das oben[1] entwickelte Auslegungsprinzip zu berücksichtigen. Hiernach ergab das Gebot der verfassungskonformen Auslegung, daß die erbrechtliche Lösung des § 1371 BGB nur dort angenommen werden darf, wo sie vom Sinn und Zweck des Gesetzes zwingend vorgeschrieben wird. Läßt sich demgegenüber eine gleichmögliche Auslegung finden, die nicht zur erbrechtlichen Lösung führt, so ist nur die letztere verfassungskonform und verdient deshalb den Vorzug.

Legt man den §§ 2303 ff BGB den großen Pflichtteil zugrunde, so wird damit für eine weitere Fallgruppe der § 1371 BGB die erbrechtliche Lösung ermöglicht. Das heißt: Der große Pflichtteil in den §§ 2303 ff BGB ist ebenso wie bei der gesetzlichen Erbteilserhöhung gemäß § 1371 Abs.1 BGB mit Hilfe der doppelten Vermutung zu erklären: Es wird unwiderlegbar vermutet, daß die Erhöhung des Pflichtteils, also die Quote, um die der Pflichtteil gemäß § 1371 Abs.1 BGB erhöht ist, der Zugewinnausgleichsforderung entspricht. Das ist die sog. erbrechtliche Lösung[2] [3].

Ist man aber mit Niederländer[4] und Sturm[5] der Meinung, daß in den §§ 2303 ff BGB der kleine Pflichtteil gilt, so kommt es in den §§ 2303 ff BGB nicht zur erbrechtlichen Lösung. Demnach wäre vom Ergebnis her nur die Auffassung von Niederländer und Sturm verfassungskonform und verdiente deshalb den Vorzug. Die nachfolgende Untersuchung wird jedoch zeigen, daß nicht die Lösung des kleinen Pflichtteils in den §§ 2303 ff BGB

---

3) [Fortsetzung von voriger Seite]
und beantwortet sich in gleicher Weise im Falle der Beschränkung oder Beschwerung eines Erbteils i.S. des § 2306 BGB, für die Tragung der Pflichtteilslast gemäß § 2318 BGB und für die Verweigerung der Befriedigung eines anderen Pflichtteilsberechtigten durch einen selbst pflichtteilsberechtigten Miterben gemäß § 2319 BGB und für die Pflichtteilsergänzungsansprüche der §§ 2325 bis 2331 BGB.

1) s. S.17 d.D.
2) s. S.1 Anm.2 d.D.
3) vgl. auch dazu die allgemein gehaltene, aber insoweit zutreffende Feststellung Staudinger-Felgentragers Vorbem.48 zu § 1371: "Die Pauschalierung und Schematisierung der Vermögensteilhabe bis in das Pflichtteilsrecht hinein muß als verfehlt angesehen werden."
4) a.a.O. 5) a.a.O.

vom Sinn und Zweck des § 1371 BGB getragen wird, sondern nur die Lösung des großen Pflichtteils. Dann aber kann die Lösung von Niederländer und Sturm nicht berücksichtigt werden[1].

Der Sinn und Zweck des Gesetzes ist aus dem objektivierten Willen des Gesetzes zu entnehmen. Nur ergänzend ist auch die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Vorschriften heranzuziehen, wenn es erforderlich ist, das Gesetz auf bestimmte Fallgestalten anzuwenden, für deren rechtliche Behandlung der Wortlaut und der Sinnzusammenhang des Gesetzes allein, losgelöst von der Entstehungsgeschichte, keine hinreichenden Anhaltspunkte bieten[2].

C. Der Wortlaut des § 1371 Abs.2 Halbs.2 BGB spricht eher für die Ansicht der h.M.

Der Wortlaut des § 1371 Abs.2 BGB spricht eher für die Ansicht der h.M. als für die Auffassung Niederländers. § 1371 Abs.2 Halbs.2 BGB lautet: "der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten ... bestimmt sich in diesem Falle nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten." Daraus läßt sich vermuten, daß in dem anderen Falle, nämlich in dem nicht von § 1371 Abs.2 BGB geregelten Falle, der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten sich nach dem erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten bestimmt[3].

D. Auf Grund des bloßen Hinweises auf eine Analogie oder auf einen Umkehrschluß aus § 1371 Abs.2 BGB läßt sich das Problem nicht lösen

Niederländer[4] wendet die Pflichtteilsregelung in § 1371 Abs.2 BGB entsprechend auf die Fälle der §§ 2303 ff BGB an.

---

1) s. dazu S.17 d.D.
2) BGH 42,182 ff (183) und BVerfG 11, 126 ff (130)
a.A. Enneccerus-Nipperdey a.a.O. S.330. Dieser geht von der älteren, der sog. subjektiven Auslegungstheorie aus. Für ihn haben die Gesetzesmaterialien dann selbständige Bedeutung, wenn der aus ihnen herzuleitende Gedanke im Gesetz einen (wenn auch unvollkommenen oder zweideutigen) Ausdruck gefunden hat. Vgl.auch Engisch a.a.O. S.96, der in diesem Theorienstreit ein nie lösbares Problem sieht.
3) Vgl. Hampel FamRZ 1960, 461 ff (464 zu Anm.30)
4) a.a.O. S.1741

Zu diesem Ergebnis kommt er auf Grund folgender Überlegung: § 1371 BGB habe positiv nur zwei Fälle geregelt: im Abs.1 den Fall der gesetzlichen Erbfolge und im Abs.2 und 3 den Fall, daß der überlebende Ehegatte nicht Erbe wird und ihm auch kein Vermächtnis zusteht. Für die vom Wortlaut des § 1371 BGB nicht geregelten Fälle - das sind die Fälle, in denen der überlebende Ehegatte testamentarischer Erbe oder Vermächtnisnehmer wird - zieht er die Vorschrift des § 1371 Abs.2 BGB heran. Niederländer erblickt in § 1371 Abs.2 BGB eine grundsätzliche Norm, die "allerdings in einer Ausnahmenorm förmlich versteckt sei."[1] Erblickt man nun mit Niederländer in der Vorschrift des § 1371 Abs.2 BGB eine Norm mit grundsätzlicher pflichtteilsrechtlicher Bedeutung, so könnte man versucht sein, das Problem des kleinen oder großen Pflichtteils in den §§ 2303 ff BGB mittels einer Analogie zu § 1371 Abs.2 BGB zu lösen. M.a.W. man könnte dem § 1371 Abs.2 BGB den Sinn beimessen, daß für den überlebenden Ehegatten nicht nur in den Fällen, in denen er als nicht letztwillig Begünstigter den Zugewinnausgleich verlangt, sondern in allen übrigen Fällen der kleine Pflichtteil gilt.

Hiergegen läßt sich jedoch einwenden, daß man mit der gleichen Berechtigung, mit der man eine Analogie für angebracht hält, auch einen Umkehrschluß vornehmen könnte. Man könnte die Vorschrift des § 1371 Abs.2 BGB also ebensogut in dem Sinne verstehen, daß in den anderen Fällen, wo der Witwer Erbe oder Vermächtnisnehmer ist, der große Pflichtteil gilt.

Es läßt sich also sagen, daß das Problem des kleinen oder großen Pflichtteils in den §§ 2303 ff BGB nicht allein auf Grund des bloßen Hinweises auf eine Analogie oder auf einen Umkehrschluß[2] aus § 1371 Abs.2 BGB gelöst werden kann[3].

---

1) Das wird von Reinicke - Der Betrieb 1960, 1445 ff (1447) - mißverstanden, der Niederländer damit entgegentritt, daß eine Ausnahmeregelung einer analogen Anwendung nicht fähig sei.

2) Das beachtet auch Hampel, FamRZ 1960, 461 ff (464 zu Anm.30) nicht, in dem er eine Analogie ablehnt, aber einen Umkehrschluß zuläßt. Das Gleiche ist auch Dittmann, DNotZ 1962, 173 ff (183 b) entgegenzuhalten. Dittmann vertritt einen ähnlichen Standpunkt wie Hampel. Ebenso Palandt-Lauterbach § 1371 Anm.2, der nur mit dem Argument des Umkehrschlusses Niederländer entgegentritt.

3) Ähnlich wie hier Staudinger-Felgentrageer Vorbem.21 zu § 1371 BGB

## E. Der pflichtteilsrechtliche Grundsatz der Unabänderbarkeit der Pflichtteilsquoten

Für die Beantwortung der Frage, ob in den §§ 2303 ff BGB der kleine oder der große Pflichtteil gilt, ist also nicht der Hinweis auf eine Analogie oder auf einen Umkehrschluß, sondern das Folgende entscheidend.

Niederländer[1] und Sturm[2] weisen zur Stützung ihrer These darauf hin, daß die gegenteilige Ansicht eine Verletzung des erbrechtlichen Grundsatzes der Unabänderbarkeit der Pflichtteilsquoten zur Folge habe. Dieser pflichtteilsrechtliche Grundsatz, wie er vor dem GleichbG bestand, besagt, daß die Höhe der pflichtteilsrechtlichen Geldansprüche grundsätzlich nur von dem Umfang des Nachlasses abhängen soll. Die Höhe der Pflichtteile soll also weder durch letztwillige Verfügungen des Erblassers, noch durch das Verhalten der Pflichtteilsberechtigten beeinflußbar sein. Zu Recht hebt Niederländer hervor, daß dieser Grundsatz in besonderem Maße in der Vorschrift des § 2310 BGB verankert ist. Hiernach wird die Höhe der Pflichtteile nicht dadurch verändert, daß ein Pflichtteilsberechtigter enterbt ist, die Erbschaft ausschlägt, sich erbunwürdig verhält oder die Erbunwürdigkeit eines anderen Pflichtteilsberechtigten durch Anfechtung geltend macht.

Legt man in den §§ 2303 ff BGB den großen Pflichtteil zu Grunde, so liegt es in der Hand des Erblassers, welche Pflichtteilsberechnung für den überlebenden Ehegatten und damit auch für die Eltern und Abkömmlinge des Erblassers maßgebend ist:

Läßt der Erblasser dem überlebenden Ehegatten eine Zuwendung zukommen, sei es in Gestalt eines Erbteiles, sei es in Gestalt eines Vermächtnisses, und erkennt man den Pflichtteilsrestanspruch auf den großen Pflichtteil an, so hat die Berechnung der Pflichtteile vom großen Pflichtteil des überlebenden Ehegatten auszugehen. Damit ergibt sich für die Pflichtteilsquote der übrigen Pflichtteilsberechtigten ein kleinerer Pflichtteil[3],

---

1) a.a.O. 2) a.a.O.
3) vgl. dazu BGH 37, 57 ff

Und umgekehrt gilt: Enterbt der Erblasser den Ehegatten oder schlägt dieser das ihm Zugewendete aus, so hat die Pflichtteilsberechnung von dem kleinen Pflichtteil des überlebenden Ehegatten auszugehen. In diesen Fällen ist der Pflichtteil der übrigen Pflichtteilberechtigten ein größerer.

Mit dieser Lösung des großen Pflichtteils ist auch dem überlebenden Ehegatten eine Möglichkeit gegeben, seine Pflichtteilsquote und die der anderen Pflichtteilsberechtigten zu beeinflussen. Macht er den Pflichtteilrestanspruch des § 2305 BGB geltend und ist hierbei von dem großen Pflichtteil auszugehen, so gilt für die übrigen Pflichtteilsberechtigten ein kleinerer Pflichtteil. Schlägt er hingegen die Erbschaft aus, so gilt für ihn gem. § 1371 Abs.3 u.2 BGB der kleine Pflichtteil und für die übrigen Pflichtteilsberechtigten ein größerer. Legt man demgegenüber den §§2303 ff BGB den kleinen Pflichtteil zugrunde, so ist der Pflichtteil in allen Fällen für die Pflichtteilsberechtigten stets derselbe.

Niederländer und Sturm ist also zuzustimmen, wenn sie darauf hinweisen, daß sich die Annahme von dem großen Pflichtteil in den §§ 2303 ff BGB nicht mit dem von dem GleichbG uneingeschränkt geltenden pflichtteilsrechtlichen Grundsatz der Unabänderbarkeit der Pflichtteilsquoten in Einklang bringen läßt. Die Auffassung von dem großen Pflichtteil verstößt jedoch nicht gegen das Gesetz, auch nicht gegen die Vorschrift des § 2310 BGB. In § 2310 BGB ist lediglich festgelegt, daß bei der Feststellung des für die Berechnung des Pflichtteils maßgebenden Erbteils diejenigen mitgezählt werden, welche durch letztwillige Verfügung von der Erbfolge ausgeschlossen sind, oder die Erbschaft ausgeschlagen haben. Auch bei Zugrundelegung des großen Pflichtteils wird der enterbte oder der die Erbschaft ausschlagende Ehegatte für die Berechnung der Pflichtteile mitgezählt. Zu prüfen ist deshalb, ob infolge des GleichbG der Grundsatz der Unabänderbarkeit der Pflichtteilsquoten nunmehr eingeschränkt aufgefaßt werden muß. Die Antwort auf diese Frage ergeben die folgenden Überlegungen:

F. Der pflichtteilsrechtliche Grundsatz des § 2303 Abs.1 S.2 BGB

Niederländer berücksichtigt nicht, daß seine Auffassung den pflichtteilsrechtlichen Grundsatz des § 2303 Abs.1 S.2 BGB verletzt. Gem. dieser Bestimmung besteht der Pflichtteil in der Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Der gesetzliche Erbteil des Ehegatten, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte, ist durch § 1371 Abs.1 BGB um ein Viertel erhöht. Nirgends findet sich eine gesetzliche Regelung, daß dieser gesetzliche Erbteil zu verkleinern ist[1]. Im Gegenteil, es läßt sich aus § 1931 Abs.3 BGB entnehmen, daß im Hinblick auf den gesetzlichen Erbteil die §§ 1931 Abs.1 und 1371 Abs.1 BGB stets zusammen gesehen werden müssen. Dagegen läßt sich nicht mit Niederländer[2] darauf hinweisen, daß die Regelung in § 2303 Abs.2 S.2 BGB nicht einen dritten Absatz erhalten hat und somit nicht auf den pflichtteilsrechtlichen Grundsatz des § 2303 Abs.1 S.2 BGB zu beziehen wäre. Dieses Argument ist zu formal und hat deshalb keine Bedeutung[3].

G. Bewertung beider Grundsätze durch das GleichbG

a) Die gesetzestechnische Analyse

Im Falle des § 2303 Abs.1 S.2 BGB ist positiv eine Gesetzesnorm verletzt, während es sich bei dem Grundsatz der Unabänderbarkeit der Pflichtteilsquoten nicht um eine Verletzung des Gesetzes handelt. Abgesehen von den im folgenden noch anzustellenden Überlegungen ergibt sich schon hieraus, daß der pflichtteilsrechtliche Grundsatz des § 2303 Abs.1 S.2 BGB einen Vorrang hat. Der vor dem GleichbG bestehende Grundsatz der Unabänderbarkeit der Pflichtteilsquoten gilt im Falle, daß die Eheleute im Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt haben, nur eingeschränkt.

b) Der Zweck des § 1371 BGB

Im folgenden wird untersucht, welche Erkenntnis sich aus der ratio des § 1371 ergibt für die Frage nach dem kleinen oder großen Pflichtteil in den §§ 2303 ff BGB.

---

1) Vgl. BGH 37, 57 ff (62)
2) a.a.O.
3) So auch BGH a.a.O. (63)

1. Niederländers Interpretation

Für Niederländer ist der gesetzgeberische Zweckgedanke des § 1371 BGB eine Erbrechtsverstärkung. Daraus entnimmt Niederländer eine Begründung für die These von dem kleinen Pflichtteil in den §§ 2303 ff BGB. Abgesehen davon, daß nach den Gesetzesmaterialien[1] die Vorschrift des § 1371 BGB güterrechtlich und nicht erbrechtlich erklärt werden muß, ließe sich aus der Annahme der erbrechtlichen Besserstellung gerade der große Pflichtteil folgern. Diese unzutreffende Folgerung ist für Sturm auch Grund dafür, die ratio des § 1371 BGB im güterrechtlichen Bereich zu suchen.

2. Sturms Interpretation

Sturm versteht die Vorschrift des § 1371 BGB dahin, daß das Gesetz den Eheleuten für den Fall der Auflösung der Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten mehrere Möglichkeiten gegeben habe, den Zugewinn auszugleichen.
Dazu führt er aus:

"Zur Wahl stehen:

1. Schematischer Zugewinnausgleich nach Abs.1;
2. Gewillkürter Zugewinnausgleich durch letztwillige Verfügung (ihn setzen Abs.2 und 3 voraus);
3. Rechnerischer Zugewinnausgleich nach Abs.2, wobei zu bemerken ist, daß der rechnerische Zugewinnausgleich nur bei Einverständnis beider Ehegatten durch eine der beiden anderen Lösungen ersetzt werden darf." (2)

Für Sturm setzt das Vorliegen der Wahlmöglichkeiten zu 1. und 2. voraus, daß die Eheleute sich geeinigt haben, daß der Zugewinnausgleich in dieser Weise stattfinden soll. Von einer Einigung könne man sprechen, da der überlebende Ehegatte die Zuwendung nach 1. und 2. nicht ausschlägt.

Sturm ist in dem Ergebnis, daß er § 1371 BGB güterrechtlich erklärt, zuzustimmen. Seine Konstruktion zu der Wahlmöglichkeit zu 1. und 2. beruht jedoch auf einer Fiktion, die nicht gerechtfertigt ist. Weshalb soll der Erblasser, der für seinen überlebenden Ehegatten die gesetzliche Erbfolge eintreten läßt - weil er dieses will oder weil er dieses muß, da er eine Erbfolge testamentarisch nicht mehr verfügen konnte-

1) s. dazu S.1 f d.D.
2) a.a.O.

damit einverstanden sein, daß der Zugewinnausgleich in Gestalt der Erbteilserhöhung stattfindet? Ebenso ist es denkbar, daß der überlebende Ehegatte den Erbteil nur deshalb nicht ausschlägt, weil er dinglich am Nachlaß beteiligt sein will oder auch deshalb, weil er sich über den letzten Willen seines vorverstorbenen Ehegatten nicht hinwegsetzen will, obwohl er damit nicht auf einen Zugewinnausgleich verzichten möchte. Man muß Sturm fragen, weshalb das Gesetz in den Fällen zu 1.und 2 annehmen sollte, daß der Zugewinnausgleich aufgrund einer Vereinbarung der Eheleute abgegolten sein soll.

Nach alledem wird ersichtlich, daß Sturms Begründung für die güterrechtliche Erklärung des § 1371 nicht gefolgt werden kann.

3. Die eigene Interpretation

§ 1371 BGB ist vielmehr mit Hilfe der abstrakten und pauschalen Lösung güterrechtlich zu erklären[1)]. Es ist erneut festzustellen, daß die Erbteilserhöhung des § 1371 Abs.1 BGB eine Form des Zugewinnausgleichs darstellt. Die in § 1371 Abs.1 BGB vorgenommene erbrechtliche Lösung ist konsequent durchzuführen. Es sei denn, Sondervorschriften ergeben hierfür etwas anderes. Solche Sondervorschriften sind aber, wie oben dargelegt, in diesem Zusammenhange nicht vorhanden.

Würde man hingegen mit Niederländer und Sturm in den §§ 2303 ff BGB den kleinen Pflichtteil zugrunde legen, so hätte dieses oftmals eine nicht wünschenswerte Erschwerung für den überlebenden Ehegatten zur Folge, um an den ihm zustehenden Zugewinnausgleich zu gelangen. Der Zugewinnausgleich würde nicht mehr pauschal durch die Erhöhung des Pflichtteils abgegolten. Der Überlebende müßte sich vielmehr stets über den letzten Willen des verstorbenen Ehegatten hinwegsetzen und die testamentarische Zuwendung ausschlagen, um den konkreten Zugewinnausgleich verlangen zu können.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß sich auch aus der ratio des § 1371 BGB nichts über die Gültigkeit des Grundsatzes der Unabänderbarkeit der Pflichtteilsquoten entnehmen läßt, wohl aber, daß der Grundsatz des § 2303 Abs.1 Satz 2 BGB un-

1) s. S. 11 Anm.1 d.D.

eingeschränkt gilt. Danach besteht der Pflichtteil in der Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Das ist für den Ehegatten, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte, der große Pflichtteil. Von diesem gehen demnach die §§ 2303 ff BGB aus.

Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Gesetzesmaterialien[1]. Dort heißt es: "Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten ist also verschieden groß, je nachdem die Voraussetzungen des § 1371 Abs.1 oder des § 1371 Abs.2 vorliegen."[2]

## H. Ergebnis

Eine Gesamtzusammenfassung ergibt das Folgende: Die aus der Ansicht von Niederländer und Sturm resultierende Vereinfachung der gesamten Pflichtteilsberechnung kann nicht geleugnet werden. Nach der Auffassung von Niederländer und Sturm würde es keine zwei Klassen von Pflichtteilsberechtigten, solche mit einem kleineren und solche mit einem größeren, geben. Die Pflichtteilsquoten wären für alle konstant[3]. Für den Ehegatten, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte, gilt

1) BT-Drucksache 3409, schriftlicher Bericht S.18

2) Vgl. dazu Reinicke Der Betrieb 1960, 1445 f Niederländer a.a.O. S.1743 räumt selber ein, daß seine Ansicht "völlig unvereinbar mit den Gesetzesmaterialien ist".

3) Aber auch nach der Lehre von Niederländer würde der aus den §§ 2310 BGB resultierende Grundsatz, daß die Höhe der Pflichtteile nur von dem Umfang des Nachlasses abhängen soll, durch § 1371 BGB eingeschränkt und somit die Pflichtteilsberechnung für den überlebenden Ehegatten, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt hat, schwieriger sein, als es bei den anderen Güterständen der Fall ist. Denn auch bei der Annahme von der Unveränderbarkeit der Pflichtteilsquoten würde die Höhe der Pflichtteile im Einzelfall von der Entscheidung des überlebenden Ehegatten abhängen: Macht dieser die Zugewinnausgleichsforderung geltend, so hätte nach der h.M. die Pflichtteilsberechnung von einem um die Zugewinnausgleichsforderung gekürzten Nachlaß auszugehen. Die Pflichtteile wären in diesem Fall kleiner. Es kann jedoch nicht Hampel - FamRZ 1960, 461 ff (466) - zugestimmt werden, wenn er die aus der Lösung Niederländers resultierende Vereinfachung des Pflichtteilsrechts in bestimmten Fällen gänzlich in Abrede stellt. Denn Hampel versteht Niederländers Ansicht nicht richtig. Für Hampel wird die Vereinfachung der Lösung von Niederländer dann nicht erreicht, wenn der überlebende Ehegatte neben der letztwilligen Zuwendung den Zugewinnausgleich verlangt. Niederländer gewährt dem überlebenden Ehegatten neben der letztwilligen Zuwendung jedoch nicht die Ausgleichsforderung.

jedoch der Grundsatz des § 2303 Abs.1 Satz 2 BGB uneingeschränkt, der Grundsatz der Unabänderbarkeit der Pflichtteilsquoten hingegen nur eingeschränkt. Da die Auffassung von Niederländer und Sturm nicht vom Sinn und Zweck des Gesetzes getragen wird, ist sie auch nicht als eine verfassungskonforme Auslegung zu berücksichtigen[1]. Der These von Niederländer und Sturm kann also nicht gefolgt werden. Die §§ 2303 ff BGB gehen für den überlebenden Ehegatten von dem großen Pflichtteil aus.

II. Auswirkungen der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils gemäß § 1371 Abs.1 BGB auf das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge und der Eltern i. S. der Vorschriften der §§ 2303 ff BGB

Überwiegend wird in der Rechtsprechung[2] und im Schrifttum[3] angenommen, daß nur in den Fällen des § 1371 Abs.2 und 3 BGB der Pflichtteil der Abkömmlinge und Eltern sich nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des überlebenden Ehegatten berechnet und daß in den anderen Fällen des § 1371 BGB - das sind die Fälle, in denen der Ehegatte gesetzlicher Erbe ist oder eine letztwillige Zuwendung angenommen hat - die Pflichtteilsberechnung sowohl für den überlebenden Ehegatten[4] als auch für die übrigen Pflichtteilsberechtigten von dem erhöhten gesetzlichen Erbteil des überlebenden Ehegatten ausgeht.

Demgegenüber vertreten das Oberlandesgericht Celle[5] und unabhängig von diesem Bärmann[6] die Ansicht, daß die Pflichtteilsberechnung des überlebenden Ehegatten in den Fällen, in denen er Erbe oder Vermächtnisnehmer ist, zwar von seinem erhöhten gesetzlichen Erbteil ausgeht. Insoweit stimmen sie der h.M. zu[7]. Der Pflichtteil der Abkömmlinge und Eltern er-

1) s. dazu S.17 d.D.
2) OLG Hamburg, FamRZ 1961, 318; BGH 37, 8 ff
3) Vgl. für viele Staudinger-Felgentraeger, Vorbem.36 zu § 1371
4) a.A. Niederländer, s.dazu § 2 I S. 21 ff d.D.
5) MDR 1961, 690 f
6) AcP 157, 145 ff (209) jedoch ohne Begründung
7) Das OLG Celle a.a.O. führt im Leitsatz aus: "Wenn bei der Zugewinngemeinschaft der Erblasser seine Ehefrau ohne Be-

rechne sich aber in diesen Fällen[1] nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des überlebenden Ehegatten.

Das Oberlandesgericht Celle begründet seine Absicht damit, daß durch das Gleichberechtigungsgesetz die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten verbessert werden sollte. Die damit verbundene Minderung der gesetzlichen Erb- und Pflichtteile der übrigen Pflichtteilsberechtigten müsse aber auf das erforderliche Mindestmaß beschränkt werden.

Das Oberlandesgericht weist an einer Stelle darauf hin, daß es nicht gerechtfertigt sei, in den Fällen, in denen der Erblasser den Ausgleich des Zugewinns dadurch selbst geregelt habe, daß er den überlebenden Ehegatten zum unbeschwerten Alleinerben eingesetzt habe, den Pflichtteil der Abkömmlinge nach § 1371 Abs.1 BGB zu bemessen. An einer anderen Stelle vertritt das Gericht die Ansicht, daß auch in dem Falle die Annahme der erbrechtlichen Lösung nicht nötig sei, in dem der Erblasser selbst bestimmt habe, wie sich die Zugewinngemeinschaft nach seinem Tode für seine Abkömmlinge auswirken soll.

Es ist dem Oberlandesgericht Celle zuzustimmen, wenn es darauf hinweist, daß die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils nach der Ansicht der h.M. zu einer Schmälerung der Pflichtteile der übrigen Pflichtteilsberechtigten führt, die nicht wünschenswert ist.

---

7) [Fortsetzung von voriger Seite]
schwerung durch Vermächtnisse zur alleinigen Erbin einsetzt, beträgt der Pflichtteil der Abkömmlinge nicht ein Viertel, sondern 3/8". - Aus diesem Leitsatz könnte man entnehmen, daß das Gericht der Ansicht ist, daß nur im Falle der Einsetzung als unbeschwerte Alleinerbin der Pflichtteil der Abkömmlinge ein größerer ist. Die - nicht immer klare - Urteilsbegründung ergibt jedoch, daß für das OLG der Pflichtteil der Abkömmlinge stets ein Viertel beträgt. Die Urteilsbegründung wird mißverstanden von Dittmann - DNotZ 1962, 173 ff (180). Dieser geht nur von dem Leitsatz des OLG Celle aus. Schon deshalb kann seinen Ausführungen - S.186 f a.a.O. - gegen die Ansicht des Gerichtes nicht gefolgt werden.

---

1) Bärmann a.a.O. klammert ohne Begründung hiervon den Fall der gesetzlichen Erbfolge des Ehegatten aus.

Die Ansicht, daß der Erblasser durch Erbeinsetzung oder durch Vermächtnis den Ausgleich des Zugewinns geregelt habe, ist jedoch eine durch nichts gerechtfertigte Fiktion. Zum anderen ist festzustellen: Es gibt keine gesetzliche Vorschrift, die den Erblasser ermächtigt, das Maß der Auswirkungen des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft auf das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge festzulegen. Eine solche Vorschrift wäre aber erforderlich, schon deshalb, weil sich aus der vom Gericht aufgestellten Behauptung auch eine Einschränkung der gesetzlichen Pflichtteile der Abkömmlinge folgern läßt.

Darüber hinaus ist gegen die Ansicht des Gerichts folgendes zu bedenken: Die Auffassung der h.M. ist folgerichtig und entspricht dem Gesetz. Wie sich einerseits die Pflichtteilsberechtigten in den Fällen der güterrechtlichen Lösung[1] gefallen lassen müssen, daß ihre Pflichtteilsberechnung von dem um die Zugewinnausgleichsforderung gekürzten Nachlaß auszugehen hat[2], so müssen sie es hinnehmen, daß in den Fällen der erbrechtlichen Lösung[3] ihre Pflichtteilsabrechnung von dem erhöhten gesetzlichen Erbteil auszugehen hat[4].

Der Wortlaut des § 1371 Abs.2 Halbs.2 BGB spricht eher ebenfalls für die Ansicht der h.M. § 1371 Abs.2 Halbs.2 BGB lautet: "der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten oder eines anderen Pflichtteilsberechtigten bestimmt sich in diesem Falle nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten." Daraus läßt sich vermuten, daß in dem anderen Falle, nämlich in dem nicht von § 1371 Abs.2 BGB geregelten Falle, der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten oder eines anderen Pflichtteilsberechtigten sich nach dem erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten bestimmt.

Darüber hinaus verstößt die Ansicht des Oberlandesgerichts Celle gegen den im Erbrecht geltenden Grundsatz der Testierfreiheit. Diese ist lediglich durch das Pflichtteilsrecht beschränkt. Die Pflichtteile betragen nie mehr als die Hälfte des Nachlasses. Nach der Ansicht des Oberlandesgerichts Celle

---

1) s. S.1 Anm.2 d.D.
2) So die h.M.; s. dazu S.37 Anm.5 d.D.
3) s. S. 1 Anm.2 d.D.
4) So auch BGH 37, 58 ff (64) und Boehmer, Teilreform des Familienrechts, S.39

können die Pflichtteilsansprüche dagegen 5/8 des Nachlasses ausmachen[1]. Das ergibt sich aus folgendem:

Im Falle, daß der überlebende Ehegatte neben Abkömmlingen Erbe oder Vermächtnisnehmer ist, gilt für ihn der große Pflichtteil, das sind 2/8. Der Pflichtteil der Abkömmlinge ist gemäß der Auffassung des Oberlandesgerichts Celle dann nicht die Hälfte ihres gesetzlichen Erbteiles, nämlich ebenfalls 2/8, sondern 3/8 des ungekürzten Nachlasses.

Ferner hat die Ansicht des Oberlandesgerichts Celle zur Folge, daß bei den Abkömmlingen und Eltern der Grundsatz der Abhängigkeit des Pflichtteils vom gesetzlichen Erbteil verletzt ist, wie sich aus der obigen Pflichtteilsberechnung ergibt[2].

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß an dem Ergebnis der h.M. festgehalten wird: Die Pflichtteilsberechnung für die Abkömmlinge und Eltern hat grundsätzlich von dem erhöhten gesetzlichen Erbteil des überlebenden Ehegatten auszugehen. Nur in den Fällen des § 1371 Abs.2 und 3 BGB bestimmt sich der Pflichtteil nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des überlebenden Ehegatten.

---

1) Johannsen LM § 2303 Nr.2 Anm.
2) Vgl. Staudinger-Felgentraeger, Vorbem.33 zu § 1371

## § 3

### Voraussetzungen des § 1371 Abs.2 und 3 BGB

Gemäß § 1371 Abs.2 BGB kann der überlebende Ehegatte Ausgleich des Zugewinns nach den Vorschriften der §§ 1373 bis 1383, 1390 BGB und den kleinen Pflichtteil verlangen, wenn er nicht Erbe wird und ihm auch kein Vermächtnis zusteht. Es sind also die Fallgruppen zusammenzustellen, in denen der überlebende Ehegatte nicht Erbe und auch nicht Vermächtnisnehmer ist: Hierbei sind außerdem die Fälle zu unterscheiden, in denen der überlebende Ehegatte nicht Erbe ist und entgegen dem Wortlaut des § 1371 Abs.2 BGB keinen Pflichtteil verlangen kann. Das sind - wie weiter unten ausgeführt werden wird - alle Fälle des § 1371 Abs.2 BGB, ausgenommen der Fall der Enterbung. Wie sich zeigen wird, ist die Versagung des Pflichtteilsrechts in diesen Fällen eine Selbstverständlichkeit. Die Formulierung des § 1371 Abs.2 BGB ist in dieser Hinsicht lediglich als lapsus linguae legislatoris zu verstehen:

### Scheidung oder Aufhebung der Ehe

Das ist einmal der Fall, wenn das Erbrecht des überlebenden Ehegatten ausgeschlossen ist, weil der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe zu klagen berechtigt war und die Klage erhoben hatte, sofern im Falle der Scheidung oder Aufhebung der Ehegatte als schuldig anzusehen wäre (§ 1933 BGB).

Unter den Voraussetzungen des § 1933 BGB entfällt auch das, was dem Ehegatten durch Verfügung von Todes wegen zugewendet worden ist, es sei denn, daß anzunehmen ist, daß der Erblasser die Verfügung auch für einen solchen Fall getroffen haben würde (§ 2077 Abs.3 BGB).

### II. Erbunwürdigkeit

Der überlebende Ehegatte wird ferner mit Wirkung auf den Erbfall nicht Erbe, wenn er durch rechtskräftiges Urteil für erbunwürdig erklärt ist (§§ 2339 bis 2344 BGB).

Ist der überlebende Ehegatte Vermächtnisnehmer, so muß

der Anspruch aus dem Vermächtnis durch eine Anfechtungserklärung gegenüber dem vermächtnisunwürdigen Ehegatten angefochten werden (§ 2345 Abs.1 BGB).
Einer Anfechtungsklage bedarf es nicht.

Ist der überlebende Ehegatte Erbe und zugleich Vermächtnisnehmer, so muß sowohl der Erbschaftserwerb als auch der Anspruch aus dem Vermächtnis angefochten werden, wenn § 1371 Abs.2 BGB angewendet werden soll. Hinsichtlich der Zugewinnausgleichsforderung wird in diesen Fällen jedoch oftmals ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 1381 BGB bestehen.

Wird die Pflichtteilsunwürdigkeit durch eine Anfechtungserklärung gegenüber dem pflichtteilsunwürdigen Ehegatten geltend gemacht(§ 2345 Abs.2 BGB), so kann ebenfalls nur der Zugewinnausgleich, allerdings unter der besonderen Berücksichtigung der Aberkennungsmöglichkeit gemäß § 1381 BGB, verlangt werden.

## III. Ausschlagung

Die Voraussetzungen des § 1371 Abs.2 BGB können auch durch den überlebenden Ehegatten herbeigeführt werden. Das ist der Fall, wenn der überlebende Ehegatte die Erbschaft oder das Vermächtnis ausschlägt. Hinsichtlich der Ausschlagung der Erbschaft trifft § 1371 Abs.3 BGB eine Sonderregelung. § 1371 Abs.3 BGB läßt sich als Unterfall des § 1371 Abs.2 BGB verstehen. Schlägt der Pflichtteilsberechtigte die Erbschaft aus, so kann nach bisherigem Erbrecht nur in dem Ausnahmefall des § 2306 Abs.1 Satz 2 BGB und in allen Fällen der Ausschlagung eines Vermächtnisses gemäß § 2307 Abs.1 Satz 1 BGB der Pflichtteil verlangt werden. Im übrigen geht nach bisherigem Erbrecht mit der Ausschlagung der Zuwendung der Pflichtteilsanspruch verloren. Gemäß § 1371 Abs.3 Halbs. 1 BGB kann der überlebende Ehegatte neben dem Ausgleich des Zugewinns den Pflichtteil auch dann verlangen, wenn dieser ihm nach den erbrechtlichen Bestimmungen nicht zustände. § 1371 Abs.3 Halbs.1 BGB erweitert also das Pflichtteilsrecht des ausschlagenden Ehegatten über die Fälle der §§ 2306, 2307 BGB hinaus auf die Fälle der Ausschlagung eines den Wert des gro-

ßen Pflichtteils nicht übersteigenden belasteten oder unbelasteten Erbteils und eines unbelasteten größeren Erbteils.

Diese vom bisherigen Erbrecht abweichende Pflichtteilsregelung ist erfolgt, um dem Ehegatten zu erleichtern, auf die güterrechtliche Lösung zurückzukommen. Der Ehegatte soll nicht die Erlangung der Zugewinnausgleichsforderung mit dem Preis des eventuellen Verlustes des Pflichtteils bezahlen müssen[1].

Der überlebende Ehegatte wird sich genau überlegen müssen, ob er sich durch die Annahme oder die Ausschlagung der Erbschaft oder des Vermächtnisses besserstellt. Er wird dabei abzuwägen haben, ob das letztwillig Zugewandte nebst einem eventuellen Pflichtteilsrestanspruch bis zur Erreichung des großen Pflichtteils[2] oder auch der gesetzliche Erbteil für ihn vorteilhafter ist als die güterrechtliche Lösung. Würde zum Beispiel der Gesamtnachlaß während des Bestehens des Güterstandes als Zugewinn erworben[3] und hat der Überlebende während dieser Zeit selber keinen Zugewinn erzielt, so kann nach h.M. der Anspruch auf den Zugewinnausgleich und den Pflichtteil zusammen 56,25 % des Nachlasses neben Verwandten erster Ordnung betragen[4].

Das ist also mehr, als die Hälfte des Nachlasses in diesem Falle sein würde, also mehr, als der Überlebende durch das gesetzliche Erbrecht erhalten würde. Die Ansicht der h.M. wird von Scheffler[5] bestritten. Nach dessen Auffassung kann der überlebende Ehegatte im oben gebildeten Beispiel bei einem Nachlaß von 10.000,-- DM insgesamt 6.250,-- DM verlangen. Das sind also 62,50 % des Nachlasses. Für Scheffler darf die Zugewinnausgleichsforderung bei der Berechnung der Pflichtteile nicht abgezogen werden. Scheffler vertritt diese Ansicht, um

---

1) Vgl. dazu für viele Palandt-Lauterbach § 1371 Anm.5: "der Ehegatte soll frei sein in seiner Entschließung, ob er die Erbschaft ohne AusglFdg oder die AusglFdg ohne Erbsch -, aber mit Pflichtteil wählen will".
2) s. § 2 I, S.21 ff d.D.
3) Vgl. dazu die von Lange - NJW 1965 369 ff (373) - gebildeten Beispiele, in denen der Zugewinn gerade durch die letzten Jahre einen beachtlichen Vermögenswert erlangt hat.
4) ZAF = 1/2 von N, also 50 %; der Pflichtteil ist in diesem Falle 1/8 des Wertes des um die Ausgleichsforderung gekürzten Nachlassen, das ist 1/16 von N, also 6,25 % von N.
5) BGB-RGRK § 1378 Anm.19 ff

die Kinder des verstorbenen Ehegatten besser zu stellen. Darüber hinaus begründet Scheffler seine Auffassung mit der Annahme, daß Ausgleichs- und Pflichtteilsansprüche im Range gleich stünden. Das ergibt sich für Scheffler daraus, daß der Gesetzgeber den Anspruch auf den Zugewinnausgleich und auf den Pflichtteil weitgehend gleich behandelt habe, z.B. in § 852 ZPO. Zudem hätten die Zugewinnausgleichsforderung und der Pflichtteil ihre Wurzel in den persönlichen Beziehungen zu derselben Familie.

Zunächst ist Scheffler entgegenzuhalten, daß seine Ansicht nicht stets zu einer Besserstellung der Kinder des verstorbenen Ehegatten führt. Nach der Auffassung von Scheffler verbleiben den Kindern als gesetzlichen Erben 10.000,--DM - 6.250,-- DM = 3.750,-- DM, nach der in der obigen Anmerkung vertretenen Ansicht verbleiben den Kindern als gesetzliche Erben jedoch 10.000,-- DM - 5.625,-- DM = 4.375,-- DM. Wohl ist Scheffler zuzugeben, daß seine Auffassung eine Verbesserung der Pflichtteile der Kinder zur Folge hat gegenüber der Ansicht der h.M. Nach der Ansicht von Scheffler beträgt der Pflichtteil der Kinder zusammen 3.750,-- DM, nach der Ansicht der h.M. nur 1.875,-- DM.

Zudem läßt sich aus der von Scheffler behaupteten Gleichrangigkeit von Zugewinnausgleichsanspruch und Pflichtteil nichts zu der Frage der Abzugsfähigkeit der Ausgleichsforderung bei der Pflichtteilsberechnung entnehmen. Die behauptete Gleichrangigkeit hätte Bedeutung im Falle des Nachlaßkonkurses (§ 226 KO)[1].

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, daß der Anspruch auf den Zugewinnausgleich und auf den Pflichtteil zwar im gleichen Erbfall entstehen, ihrem Wesen nach jedoch verschieden sind. Im Pflichtteilsrecht setzt sich die Familienerbfolge fort[2] : Die Zugewinnausgleichsforderung hat ihre Ursache in der durch die häusliche Mitarbeit bedingten Vermögenssteigerung[3]. Demgegenüber ist der Hinweis auf bestimmte gesetzliche Gleichbehandlung, wie es z.B. in § 852 ZPO erfolgt ist, unbedeutend[4].

---

1) s. dazu Reinicke, Der Betrieb 1960, 1267 ff (1268)
2) Vgl. Kipp-Coing S.3
3) s. S. 1 f d.D.
4) Vgl. Reinicke, Der Betrieb 1960, 1445 ff (1447)

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß die Ansicht Schefflers zu einer nicht gerechtfertigten Beschränkung der Testierfreiheit führt[1]: In dem erwähnten Beispiel kann unter Zugrundelegung der Auffassung von Scheffler der Erblasser in Anbetracht aller Pflichtteilsansprüche und der Zugewinnausgleichsforderung einem Dritten aus dem Nachlaß nichts vermachen[2], nach der hier vertretenen jedoch ein Viertel des Nachlasses[3].

Zusammenfassend ergibt sich, daß bei der Pflichtteilsberechnung die Zugewinnausgleichsforderung vorweg vom Nachlaß abzuziehen ist. In dem oben gebildeten Beispiel erhält der überlebende Ehegatte durch Ausschlagung der Erbschaft 56,25 % und nicht 62,50 % des gesamten Nachlasses.

Der überlebende Ehegatte wird bei der Frage der Ausschlagung des gesetzlichen Erbteils oder der letztwilligen Zuwendung gegebenenfalls folgendes zu berücksichtigen haben: Als Ausgleichsberechtigter kann der Überlebende Zuwendungen, die der Verstorbene einem Dritten in der Absicht gemacht hat, den Überlebenden zu benachteiligen, von dem Dritten nach § 1390 BGB zurückverlangen. Dieses ist aber innerhalb der erbrechtlichen Lösung gemäß § 1371 Abs.1 BGB nicht möglich, weil das unter Lebenden Weggegebene bei der Nachlaßberechnung und -teilung nach festen Quoten grundsätzlich nicht berücksichtigt wird. Andererseits wird auf die Ausgleichsforderung angerechnet, was dem Überlebenden von dem anderen Ehegatten durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet ist, daß es auf die Ausgleichsforderung angerechnet werden soll (§ 1380 BGB).

---

1) Vgl. Johannsen - § 2303 Nr.2 in LM - dieser weist darauf hin, daß aus der Ansicht Schefflers folge, daß "praktisch für den Erblasser keine eigentliche Testierfreiheit mehr bestehen" würde.

2) Die güterrechtliche Lösung bringt dem überlebenden

| | | | |
|---|---|---|---|
| Ehegatten: | 1/8 N | = | 1.250,-- DM |
| | 4/8 N | = | 5.000,-- DM |
| den Abkömmlingen: | 3/8 N | = | 3.750,-- DM |
| | | | 10.000,-- DM |

3) Die güterrechtliche Lösung bringt dem überlebenden

| | | | |
|---|---|---|---|
| Ehegatten: | 1/16 N | = | 625,-- DM |
| | 8/16 N | = | 5.000,-- DM |
| den Abkömmlingen: | 3/16 N | = | 1.875,-- DM |
| | | | 7.500,-- DM |
| | 1/4 N | = | 2.500,-- DM |
| | | | 10.000,-- DM |

Eine solche Anrechnungspflicht besteht für den überlebenden Ehegatten als Erben nicht. Denn das Erbrecht des BGB kennt eine gesetzliche Ausgleichspflicht nur zwischen den Abkömmlingen, nicht zwischen Ehegatten (§§ 2050 ff BGB)[1]. Wohl aber muß sich der überlebende Ehegatte eine Anrechnung auf seinen Pflichtteil gefallen lassen (2315 BGB).

Bei der Entscheidung für die Ausschlagung wird der überlebende Ehegatte außerdem - in allerdings weniger häufigen Fällen - zu berücksichtigen haben, daß gegenüber der Zugewinnausgleichsforderung das Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 1381 BGB geltend gemacht werden kann. Das ist u.a. dann der Fall, wenn der überlebende Ehegatte, der den geringeren Zugewinn erzielt hat, längere Zeit hindurch die wirtschaftlichen Verpflichtungen, die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergeben, schuldhaft nicht erfüllt hat (§ 1381 Abs.2 BGB)[2]. Ein solches Leistungsverweigerungsrecht besteht nicht im Erbrecht: Der Fall des § 1381 Abs.2 BGB ist nicht geregelt in den Vorschriften über die Erbunwürdigkeit gemäß den §§ 2339 ff BGB.

Außerdem wird der überlebende Ehegatte gegebenenfalls zu berücksichtigen haben, daß er im Falle der Ausschlagung des gesetzlichen Erbteils den Voraus gemäß § 1932 BGB verliert[3].

Zu diesen nur beispielhaft angeführten Überlegungen, die der überlebende Ehegatte, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte, gegebenenfalls anstellen muß, kommen die für jeden Erben hinzu, der vor der Frage der Annahme oder Ausschlagung der letztwilligen Zuwendung steht. Der Erbe muß sich z.B darüber klar werden, was er bevorzugt, die dingliche Beteiligung am Nachlaß infolge der Erbenstellung oder die obligatorische als Pflichtteilsgläubiger. Der Erbe wird weiterhin im Einzelfall abzuwägen haben zwischen dem Erbteil, der belastet, aber größer als der Pflichtteil ist und dem unbelasteten Pflichtteilsanspruch.

Aus alledem ergibt sich, daß der überlebende Ehegatte bei der Entscheidung für die erbrechtliche oder die güterrechtliche Lösung vor schwierigen Fragen steht. Dabei muß die Erb-

1) Vgl. Müller-Freienfels JZ 1957, 685 ff (687)
2) s. im weiteren dazu: Kleinheyer, FamRZ 1957, 283 ff und Thiele, JZ 1960, 394 ff
3) Vgl. Palandt-Keidel, § 1932 Anm.2

schaft grundsätzlich binnen 6 Wochen ausgeschlagen sein (§ 1944 BGB) und das Vermächtnis innerhalb der gemäß § 2307 Abs.2 BGB gesetzten Frist. (Diese Fristen werden vielfach für zu kurz gehalten[1].)

Dieses Wahlrecht des überlebenden Ehegatten zwischen Annahme und Ausschlagung der letztwilligen Zuwendung besteht kraft Gesetz, und es ist insoweit unproblematisch. Dieses Wahlrecht ist jedoch zu unterscheiden von dem im Schrifttum bestrittenen Wahlrecht, welches im nächsten Paragraphen dieder Darstellung zu behandeln sein wird.

## V. Enterbung

Auch der Erblasser kann die Voraussetzung des § 1371 Abs.2 BGB herbeiführen. Das ist der Fall, wenn der Erblasser seinen Ehegatten enterbt. Der Erblasser wird besonders dann den überlebenden Ehegatten enterben, wenn er ein Familienunternehmen, das im wesentlichen aus vorehelichem Vermögen besteht, möglichst unbelastet seinen Abkömmlingen zukommen lassen will. Dieses Familienunternehmen gehört nicht zu dem auszugleichenden Zugewinn (§§ 1373, 1374 BGB). Es wird also nicht durch einen evtl. Zugewinnausgleichsanspruch belastet.

Darüber hinaus hat der Erblasser bei der Frage der Enterbung oder einer - wenn auch nur geringen - letztwilligen Zuwendung zu Gunsten seines Ehegatten im Einzelfall ähnliche Überlegungen anzustellen, wie sie im Zusammenhang mit der Ausschlagung ausgeführt sind.

## V. Erbverzichtvertrag

Hat der überlebende Ehegatte durch Vertrag auf sein gesetzliches Erbrecht und damit grundsätzlich auch auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet (§ 2346 Abs.1 BGB) und ist ihm auch nichts durch eine Verfügung von Todes wegen zugewendet, so ist der überlebende Ehegatte nicht Erbe und nicht Vermächtnisnehmer. Er ist auch nicht pflichtteilsberechtigt. Er kann somit nur den Zugewinnausgleich gemäß § 1371 Abs.2 BGB

1) Vgl. für viele: Boehmer, NJW 1958, 524 ff (527 zu Anm.11)

verlangen.

Ist dem überlebenden Ehegatten letztwillig etwas zugewendet worden, obwohl er einen Erbverzichtvertrag i.S. des § 2346 Abs.1 BGB oder einen Erbverzichtvertrag, beschränkt auf das Pflichtteilsrecht gemäß § 2346 Abs.2 BGB abgeschlossen hat, so steht ihm ebenfalls ein Pflichtteilsrecht nicht zu. Er kann z.B. nicht den Pflichtteilsrestanspruch des § 2305 BGB geltend machen.[1] Er kann nur uneingeschränkt den Zugewinnausgleich gemäß § 1371 Abs.2 BGB verlangen.

Hat der überlebende Ehegatte in diesem Falle die letztwillige Zuwendung ausgeschlagen, so gilt hinsichtlich des Pflichtteilsrechts § 1371 Abs.3 Halbs.2 BGB.[2] Dort heißt es: "dies gilt nicht, wenn er durch Vertrag mit seinem Ehegatten auf sein gesetzliches Erbrecht oder sein Pflichtteilsrecht verzichtet hat."

Man könnte hierbei mit Lange[3] annehmen, daß es zweifelhaft sei, ob § 1371 Abs.3 Halbs.2 BGB das Pflichtteilsrecht schlechthin ausschließen will oder er nur das durch den Fall des § 1371 Abs.3 verbesserte Pflichtteilsrecht beseitigen und zu allgemeinen Regeln des § 1371 Abs.2 BGB zurückkehren will. Hiernach könnte der Pflichtteil im Falle der Ausschlagung nur in den vom BGB außerhalb des GleichbG vorgesehenen Fällen verlangt werden.[4] Zu der Frage, worauf § 1371 Abs.3 Halbs.2 BGB zu beziehen ist, ließe sich die Ansicht vertreten, daß § 1371 Abs.3 Halbs.2 BGB nicht in einem dritten Absatz enthalten sei und somit § 1371 Abs.3 Halbs.2 BGB nicht auf § 1371 Abs.2 BGB, sondern nur auf § 1371 Abs.3 Halbs.1 BGB zu beziehen wäre[5].

Diesem Argument kann jedoch wegen seines formalen Charakters keine Bedeutung beigemessen werden. Es ist vielmehr auf das Folgende hinzuweisen: Bezieht man § 1371 Abs.3 Halbs.2 BGB

---

1) Vgl. dazu Staudinger-Ferid § 2346 Anm.40
2) Dieses ist Boehmer - Teilreform des Familienrechts S.31 - entgegenzuhalten, wenn er meint, § 1371 Abs.3 Halbs.2 sei ein lapsus linguae; ein gar nicht berufener Erbe könne und brauche nicht auszuschlagen: § 1371 Abs.3 Halbs.2 BGB betrifft nur den Fall, daß trotz eines Erbverzichtvertrages der Erblasser den überlebenden Ehegatten letztwillig eine Zuwendung hat zukommen lassen, diese aber ausschlägt.
3) Lehrbuch S.443 Anm.4
4) s. dazu S. 36 f d.D.
5) So Lange a.a.O.

auf den Halbsatz 1 des Absatzes 3, so ergibt das die Konsequenz, daß zwar nicht das verbesserte Pflichtteilsrecht in § 1371 Abs.3 BGB[1] gilt, wohl aber das übrige nicht vom GleichbG berührte Pflichtteilsrecht. Das wäre in diesem Falle immer noch eine Besserstellung des ausschlagenden Ehegatten gegenüber den übrigen Pflichtteilsberechtigten, die nicht im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebten. Die übrigen Pflichtteilsberechtigten haben bei Vorliegen eines Erbverzichtvertrages i.S. des § 2346 BGB kein Pflichtteilsrecht, also auch nicht nach erfolgter Ausschlagung. Eine solche Besserstellung läßt sich aber durch nichts rechtfertigen. Daraus ist zu folgern, daß § 1371 Abs.3 Halbs.2 nicht nur auf § 1371 Abs.3 Halbs.1 BGB zu beziehen ist.

Darüber hinaus ist auf den Willen der Vertragsschließenden hinzuweisen. Diese werden in aller Regel davon ausgehen, daß die Anwendung des Pflichtteilsrechts in allen Fällen ausgeschlossen sein soll. Es dürfte dann auch nicht mit dem Willen der Vertragschließenden in Übereinstimmung gebracht werden können, wenn man über den Umweg der Ausschlagung doch noch Pflichtteilsrecht zur Anwendung bringen wollte.

Festzustellen ist vielmehr: Liegt ein Erbverzichtvertrag i.S. des § 2346 Abs.1 BGB oder i.S. des § 2346 Abs.2 BGB vor, so ist das Pflichtteilsrecht schlechthin ausgeschlossen, also auch im Falle der Ausschlagung. Der überlebende Ehegatte kann in diesem Falle nur den Zugewinnausgleich verlangen.

### [illegible]. Die Begünstigung durch eine Auflage und die Ernennung zum Testamentsvollstrecker

Fraglich könnte sein, ob die Vorschrift des § 1371 Abs.2 BGB dann anwendbar ist, wenn der überlebende Ehegatte zwar in einer Verfügung von Todes wegen berücksichtigt worden ist, jedoch nicht als Erbe oder Vermächtnisnehmer, sondern durch eine Auflage oder durch Ernennung zum Testamentsvollstrecker.

Die Begünstigung durch eine Auflage und die Ernennung zum Testamentsvollstrecker erwähnt der Wortlaut des § 1371 Abs.2 BGB nicht. Mit dem Hinweis auf den Wortlaut jedoch läßt

---

1) s. dazu S.36 f d.D.

sich die Frage nicht erschöpfend beantworten[1]. Gegen die Anwendbarkeit des § 1371 Abs.2 BGB in diesem Falle ist vielmehr folgendes zu bedenken: Aus der Vorschrift des § 1371 Abs.2 BGB ist zu entnehmen, daß die güterrechtliche Lösung nur dann gilt, wenn der überlebende Ehegatte durch den Tod seines vorversterbenden Ehegatten nichts erhält. Demzufolge, so könnte man meinen, müsse die güterrechtliche Lösung jedenfalls dann versperrt bleiben, wenn die Auflage einem Vermächtnis mit wesentlichen Vermögenswerten gleichkommt[2].

Man müßte dann also im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 1371 Abs.2 BGB vom überlebenden Ehegatten Ablehnung verlangen[3]. Ähnliche Überlegungen könnten auch für das Amt des Testamentsvollstreckers zutreffen. So könnte man wenigstens dann eine Ablehnung des Amtes des Testamentsvollstreckers im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 1371 Abs.2 BGB verlangen, wenn für die Übernahme des Amtes des Testamentsvollstreckers eine besonders hohe Vergütung bestimmt worden ist[4].

Dem Erfordernis der Ablehnung bei der Auflage ist jedoch nicht zuzustimmen. Das Erbrecht hat dem Auflagebegünstigten keinen Anspruch auf Erfüllung der Auflage und damit auch nicht ein Ablehnungsrecht gewährt, das den Auflagebegünstigten zwingt, innerhalb einer bestimmten Frist die Auflage "anzunehmen" oder "auszuschlagen" (vgl. dazu § 2307 BGB). Dem Erfordernis der Ablehnung der Auflage kann also schon aus Gründen der damit verbundenen Rechtsunsicherheit nicht gefolgt werden. Der Erwerb aus der Auflage wird vielmehr in Analogie zu § 1380 BGB die Ausgleichsforderung anzurechnen sein[5].

Die Vergütung des Testamentsvollstreckers i.S. von § 2221 BGB wird man aber nicht in Analogie zu § 1380 BGB auf die Ausgleichsforderung anrechnen können. Bei der Bemessung der Vergütung gemäß § 2221 BGB ist vor allem der Umfang und Wert

---

1) Vgl. aber Haegele Justiz 1957, 386 ff (389) und Krüger - Breetzke-Nowak, § 1371 Anm.8 und Lange NJW 1957, 1382 Anm.16. Haegele, Krüger-Breetzke-Nowak u.Lange wenden in diesem Falle § 1371 Abs.2 BGB an. Staudinger-Felgentraeger, § 1371 Anm.57, unterstellt diesen irrtümlich eine abweichende Ansicht. Vgl. auch Soergel-Siebert-Vogel § 1371 Anm.18, der unentschieden bleibt.
2) So Staudinger-Felgentraeger § 1371 Anm.58
3) So Lehmann, Nachträge in Staudinger V, 2 § 1931 N Anm.7
4) So Lehmann a.a.O.
5) Gernhuber, Lehrbuch S.367

des Nachlasses, die Dauer der Verwaltung, der Umfang und die Schwierigkeiten des Geschäftes, die Größe der Verantwortung und der erzielte Erfolg zu berücksichtigen[1]. Die Vergütung ist daher als Entlohnung für die geleistete Arbeit zu verstehen und nicht als eine Schenkung. Deshalb ist es gerechtfertigt, den Vergütungsanspruch gemäß § 2221 BGB neben der güterrechtlichen Lösung anzuerkennen[2].

Hat der Erblasser die Vergütung unangemessen hoch angesetzt, so ist ein Vermächtnis anzunehmen, soweit der Betrag die angemessene Vergütung übersteigt[3].

Dieser Fall bereitet im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 1371 Abs.2 BGB somit ebenfalls keine Schwierigkeit: Der überlebende Ehegatte muß das Vermächtnis ausschlagen, um die güterrechtliche Lösung verlangen zu können.

## VII. Die Einsetzung als Vor- oder Nacherbe

Ist der überlebende Ehegatte als Vorerbe oder Nacherbe eingesetzt, so ist er Erbe[4]. Eine Anwendung des § 1371 Abs.2 BGB kommt nicht in Betracht, wohl aber wenn der überlebende Ehegatte Ersatzerbe i.S. von § 2096 BGB oder mit einem Ersatzvermächtnis i.S. von § 2190 BGB bedacht ist. Denn der Ersatzerbe oder der Ersatzvermächtnisnehmer ist nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer, solange die aufschiebende Bedingung nicht eingetreten ist[5].

---

1) Staudinger-Dittmann § 2221 Anm.12
2) a.A. wohl Erman-Bartholomeyczik § 1371 Anm.9
3) Staudinger-Dittmann § 2221 Anm.5
4) Vgl. dazu Palandt-Keidel § 2100 Anm.2 u.4
5) s. dazu Erman-Hense § 2096 Anm.1

## § 4

## Aus § 1371 Abs.2 und Abs.3 BGB kann nicht ein Wahlrecht entnommen werden

### Das uneingeschränkte Wahlrecht

### Einführung in die Problematik

Der ein Jahr nach Inkrafttreten des GleichbG entstandene Hauptstreit zu § 1371 BGB setzt ein bei der Frage, ob der überlebende Ehegatte, der nicht Erbe ist und dem auch kein Vermächtnis zusteht, statt des Zugewinnausgleichs gemäß den Vorschriften der §§ 1373 bis 1383, 1390 BGB und des kleinen Pflichtteils gemäß § 1371 Abs.2 und 3 BGB den großen, nach den §§ 1931 und 1371 Abs.1 BGB berechneten, Pflichtteil verlangen kann.

Es geht also darum, ob der überlebende Ehegatte im Sinne des § 1371 Abs.2 und 3 BGB ein Wahlrecht hat zwischen der Zugewinnausgleichsforderung und dem kleinen Pflichtteil einerseits und dem großen Pflichtteil andererseits.

Daß diese Streitfrage entstehen konnte, läßt sich u.a. aus dem Wortlaut des § 1371 Abs.2 BGB erklären. Heißt es doch dort: "Wird der überlebende Ehegatte nicht Erbe und steht ihm auch kein Vermächtnis zu, so kann er Ausgleich des Zugewinns ... verlangen; der Pflichtteil ... bestimmt sich in diesem Falle nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten."

Was aber gilt hinsichtlich des Pflichtteils in dem anderen Falle, in dem nämlich der überlebende Ehegatte zwar nicht Erbe ist und ihm auch kein Vermächtnis zusteht, er aber nicht den Ausgleich des Zugewinns verlangt? In diesem anderen Falle gilt - so könnte man meinen - die nach Erbrecht übliche Pflichtteilsberechnung. Das ergibt den oben dargelegten großen Pflichtteil.

Andererseits läßt sich hiergegen sogleich einwenden, daß das Wahlrecht in der Wortfassung des § 1371 BGB nicht erwähnt ist. Dies sei lediglich ausgeführt zur Einführung in die Problematik.

B. Der Wortlaut des § 1371 Abs.2 BGB kann nicht für und auch nicht gegen das Wahlrecht verwertet werden

Der Sinn und Zweck des Gesetzes ist aus dem objektivierten Willen des Gesetzes zu entnehmen. Nur ergänzend ist auch die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Vorschriften heranzuziehen, wenn es erforderlich ist, das Gesetz auf bestimmte Fallgestaltungen anzuwenden, für deren rechtliche Behandlung der Wortlaut und der Sinnzusammenhang des Gesetzes allein, losgelöst von der Entstehungsgeschichte, keine hinreichenden Anhaltspunkte bieten[1].

Die Vertreter der Meinungen, die das Wahlrecht bejahen[2], wie die, die es ablehnen[3], berufen sich auf den Wortlaut des § 1371 Abs.2 BGB.

---

1) s. S.23 Anm.2 d.D.

2) So Lange NJW 1957, 1381 ff u.1958, 288 ff; derselbe in Lehrbuch des Erbrechts, S.439 ff und in NJW 1965, 369 ff. Hier bemüht sich Lange um eine weitere Begründung zu seiner Auffassung, gibt jedoch aus Gründen der Rechtseinheit der Entscheidung des BGH 42, 182 ff - vgl. dazu unten, Anm.3 - den Vorzug.
Bärmann AcP 157, 145 ff (188); Knur DNotZ 1958, 181 in der Anm. zum Aufsatz von Rittner und derselbe in Probleme der Zugewinngemeinschaft, S.37 ff; Müller-Freienfels JZ 1957, 685 ff (689) und Rittner DNotZ 1958, 181 ff; Achilles-Greif-Beitzke § 1371 Anm.3 u.8; Haegele, Justiz 1957, 386 ff (390); Boehmer NJW 1958, 524 ff; s. aber auch Einführung in das Bürgerliche Recht, S.178 und Beitzke, Kurzlehrbuch, 12.Aufl., S.79 bejahen ebenfalls grundsätzlich das Wahlrecht, beschränken dieses jedoch auf verschiedene Fallgruppen; eine weitere Form des eingeschränkten Wahlrechts anregend: Lehmann/Henrich, Familienrecht, S.103 f.

3) So Reinicke NJW 1958, 121 ff u.1932 ff; derselbe, Der Betriebsberater 1958, 575 ff (577 ff) u. Der Betrieb 1960, 1445 ff; Hampel FamRZ 1958, 162 ff; Thiele FamRZ 1958,393 ff; Maßfeller, Der Betrieb 1958, 563 ff u. Der Betriebsberater 1957, 623 ff; Maßfeller-Reinicke § 1371 Anm.9; Krüger-Breetzke-Nowak § 1371 Anm.9; BGB-RGRK § 1371 Anm.18; Erman-Bartholomeyczik § 2303 Anm.3 b; Soergel-Siebert-Vogel § 1371 Anm.23 - sich jedoch nicht eindeutig entscheidend; Staudinger-Ferid § 2303 Anm.42 r - 43 c; Bosch FamRZ 1958, 289 ff (297); Reinicke-Schwarzhaupt, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, S.40; Tiedau MDR 1958, 377 ff (381 Anm. 32); Bartholomeyczik, Erbrecht S.298 f; Johannsen, FamRZ 1961, 17 ff; Dittmann, DNotZ 1962, 173 ff (175); OLG Oldenburg FamRZ 1964, 299 ff; OLG Stuttgart FamRZ 1964, 631 ff; BGH 42, 182 ff = NJW 64, 2404 ff; Kipp-Coing S.28; Dölle, Lehrbuch Bd.I, S.791 f; Gernhuber, Lehrbuch, S.365; Staudinger-Felgentraeger Vorbem. 37 ff zu § 1371.

Reinicke[1] versteht die Wendung, "so kann er Ausgleich des Zugewinns ... verlangen; der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten ... bestimmt sich in diesem Falle nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten" dahin, daß nur der kleine Pflichtteil verlangt werden kann. Er bezieht also die Wendung "in diesem Falle" auf die Rechtsvoraussetzungsbestimmung des ersten Halbsatzes von § 1371 Abs.2 BGB, also auf die Voraussetzung, daß der überlebende Ehegatte nicht Erbe wird und ihm auch kein Vermächtnis zusteht.

Hingegen bezieht Lange[2] die Wendung "in diesem Falle" auf die Rechtsfolgebestimmung des ersten Halbsatzes des § 1371 Abs.2 BGB. Danach bestimmt sich der Pflichtteil nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil nur in dem Falle, daß der Ehegatte den Ausgleich des Zugewinns nach den Vorschriften der §§ 1371 bis 1383, 1390 BGB auch tatsächlich verlangt.

Dagegen ließe sich jedoch einwenden, daß der Fall, daß der Ausgleichsanspruch tatsächlich geltend gemacht wird, in § 1371 Abs.2 BGB nicht erwähnt ist, vielmehr eine "gedankliche Umformung" voraussetze[3]. Darüber hinaus ließe sich mit dem OLG Oldenburg[4] darauf hinweisen, daß der Wortlaut des § 1371 Abs.2 BGB deshalb u.a. für die Ablehnung des Wahlrechts spricht, weil die Pflichtteilsregelung in § 1371 Abs.2 Halbs. 2 BGB, bezogen nur auf den Fall des tatsächlichen Verlangens, eine Selbstverständlichkeit wäre.

Aus alledem ergibt sich jedoch, daß der Wortlaut im wesentlichen für beide Ansichten Raum läßt[5].

C. Ein Argument für oder gegen das Wahlrecht aus Textvergleichung mit anderen Vorschriften des BGB ist nicht möglich

a) Grundsätzliche Bedenken gegen die Methode

Rittner[6] versucht seine Auffassung - er bejaht das Wahlrecht - auch durch Textvergleichung mit anderen Vorschriften

1) NJW 121 ff u.933 u. Der Betrieb 1958, 577
2) NJW 1958, 288 3) So BGH 42,186 4) FamRZ 1964,299
5) So die überwiegende Meinung - vgl. für viele Palandt-Lauterbach § 1371 Anm.4)B. a.A.Dölle, Lehrbuch Bd.I,S.791 f: für ihn bezieht sich die Wendung "in diesem Falle" eindeutig auf die Rechtsfolgebestimmung in § 1371 Abs.2 Halbs. 1 BGB
6) DNotZ 58, 185

des BGB, die seiner Auffassung nach mit § 1371 Abs.2 BGB vergleichbar sind, zu stützen. Er ist bemüht, nachzuweisen, daß sich die Wendung,"in diesem Falle", auch in anderen Vorschriften des BGB auf die vorhergehende Rechtsfolge - und nicht auf die Rechtsvoraussetzungsbestimmung bezieht.

Zur Rechtfertigung der Auslegungsmethode durch Textvergleichung ließe sich auf Enneccerus-Nipperdey[1] verweisen, wo es heißt: "Insbesondere ist die t e c h n i s c h - j u r i s t i s c h e Redeweise zu berücksichtigen, die auch sonst in dem auszulegenden Gesetz oder in anderen, die auf diesen einen Schluß gestatten, hervortritt."

Der Methode der Auslegung durch Textvergleichung stehen jedoch Bedenken aus grundsätzlichen Erwägungen entgegen. Setzt die Methode doch voraus, daß die technische Sprache des Gesetzgebers von 1897 noch die gleiche ist wie die von 1957[2]. Zum anderen wird der sprachliche Ausbau einer Norm mehr oder weniger zufällig sein, zum mindesten läßt sich nicht nachweisen, warum der Gesetzgeber von mehreren Ausdrucksmöglichkeiten die eine und nicht die andere gewählt hat. Der Methode der Auslegung durch Textvergleichung haftet formalistischer Charakter an[3]. Darüber hinaus sind die von Rittner für den Textvergleich herangezogenen Normen gerade nicht geeignet, der Wortauslegung zu § 1371 Abs.2 BGB weiterzuhelfen, wie sich nun zeigen wird.

) Vergleichbare Vorschriften

§ 466 BGB

In diesem Zusammenhang verweist Rittner[4] auf § 466 BGB. § 466 BGB lautet:

> "Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel an der Sache, so kann der Verkäufer ihn unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe der Frist verlangt werden."

---

1) a.a.O. S.331
2) Vgl. Staudinger-Ferid, § 2303 Anm.42
3) Staudinger-Ferid, a.a.O.
4) DNotZ 1958, S.85 ff

Ein Streit darüber, worauf sich der Ausdruck "in diesem Falle" in Satz 2 der Vorschrift bezieht, ist nicht möglich. Der Ausdruck "in diesem Falle" ist auf den Fall der Fristbestimmung bezogen. Und der Fall der Fristbestimmung ist in der Rechtsfolge des Satzes 1 geregelt, nicht in der Rechtsvoraussetzung des Satzes 1 von § 466 BGB.

2. § 1128 Abs.1 S.3 BGB

Im Zusammenhang der Textvergleichung erwähnt Rittner[1] den § 1128 Abs.1 S.3 BGB.

Der § 1128 Abs.1 S.3 BGB lautet:

> "Die Anzeige darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist; in diesem Falle wird der Monat von dem Zeitpunkt an berechnet, in welchem die Versicherungssumme fällig wird."

Die Vorschrift des § 1128 Abs.1 S.3 BGB ist nur verständlich, wenn man sie im Zusammenhang mit den einschlägigen Bestimmungen sieht. Danach besagt die Vorschrift des § 1128 Abs.1 S.3 BGB -unstreitig - das Folgende:

Der Versicherer kann an den Versicherten nach Ablauf eines Monats - berechnet von dem Zeitpunkt an, in welchem die Versicherungssumme fällig wird - mit befreiender Wirkung gegenüber dem Hypothekengläubiger zahlen, wenn die Anzeige unterbleiben kann, weil sie untunlich ist.

Rittner kommt mittels der Begründung, daß die ratio dieser Vorschrift dieses erfordere, zu dem Ergebnis, daß die Wendung "in diesem Falle" anknüpft an die Rechtsfolgebestimmung des ersten Halbsatzes, also daran, daß die Anzeige unterbleiben darf. Rittners Auffassung kann aus doppeltem Grunde nicht zugestimmt werden.

Rittner ist einmal entgegenzuhalten, daß man nicht sagen kann, daß die Wendung "in diesem Falle" nur auf den Hauptsatz der ersten Satzhälfte - "die Anzeige darf unterbleiben" - zu beziehen ist. Denn in der Bezugnahme auf diesen Satzteil ist der Konditionalsatz der ersten Satzhälfte gedanklich stets miteinzubeziehen. Schon aus diesem Grunde kann Rittner nicht zugestimmt werden, wenn er die Wendung "in diesem Falle" auf die "Rechtsfolgebestimmung" - "die Anzeige darf unterbleiben" - und nicht auf die "Rechtsvoraussetzungsbestimmung" - "wenn sie untunlich ist" - bezieht.

---

1) DNotZ 1958, 183 ff (185)

Zum anderen ist das Folgende zu bedenken: Rittner sieht in der Wendung "die Anzeige darf unterbleiben" eine Rechtsfolgebestimmung. Dieser Satz ist jedoch keine Rechtsfolge. Der Satz für sich genommen, spricht nur das aus, was jeder Bürger tun bzw. unterlassen kann, ohne damit eine bestimmte Rechtsfolge in Kauf nehmen zu müssen[1]. Der erste Halbsatz "die Anzeige darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist" muß vielmehr im Zusammenhang gesehen werden. Er ist gegenüber § 1128 Abs.1 S.1 BGB eine erweiterte Rechtsvoraussetzungsbestimmung. Auf diesen bezieht sich die Wendung "in diesem Falle" in dem § 1128 Abs.1 S.3 BGB.

Demnach kann Rittner also nicht zugestimmt werden, wenn er sagt, daß die "ratio des § 1128 Abs.1 BGB keinen Zweifel daran läßt", daß die Wendung, "in diesem Falle", sich an die Rechtsfolgebestimmung anknüpft. Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß in § 1128 Abs.1 S.3 BGB der Ausdruck, "in diesem Falle" in dem Sinne zu verstehen ist, daß er sich auf die vorangehende Rechtsvoraussetzungsbestimmung bezieht.

Ergebnis

In § 466 BGB ist also - das ist zusammenfassend zu sagen - die Wendung "in diesem Falle" auf die Rechtsfolgebestimmung, in § 1128 Abs.1 S.3 BGB auf die Rechtsvoraussetzungsbestimmung zu beziehen. Der Gesetzgeber des BGB mißt also der Wendung, "in diesem Falle", unterschiedliche Bedeutung zu. Die Methode der Auslegung durch Textvergleichung ist neben den oben erwähnten grundsätzlichen Bedenken auch aus Gründen dieses konkreten Nachweises hier nicht verwertbar.

Die Entstehungsgeschichte läßt sich nicht für, sondern nur gegen das Wahlrecht deuten

Konnte die Wortinterpretation des § 1372 Abs.2 BGB und ein Textvergleich mit anderen Vorschriften des BGB keine Klä-

1) Eine echte Rechtsfolgebestimmung enthält die hier zu vergleichende Norm des ersten Halbsatzes des § 1371 Abs.2 BGB. Die Wendung, "so kann er Ausgleich des Zugewinns nach den Vorschriften der §§ 1373 bis 1383, 1390 verlangen", stellt sich als eine Rechtsfolge dar, die der Bürger nicht begehren kann, wäre sie nicht normativ geregelt.

rung des Problems bringen, so sollen im folgenden die einschlägigen Gesetzesmaterialien[1] untersucht werden.

Das umstrittene Wahlrecht ist in den Materialien nirgends ausgesprochen[2].

Nun behauptet Lange[3] in gewisser Übereinstimmung mit der fast einhelligen Meinung[4], daß sich die Materialien in dem einen wie in dem anderen Sinne deuten lassen. Das begründet er einmal damit, daß die Wendung aus den Materialien[2], "abstrakt gesehen", und die Worte, "die sie umgeben", mehrdeutig seien.

Lange zitiert hier die Gesetzesmaterialien nach Reinicke[5]. Bei Reinicke heißt es dort, zitiert aus dem schriftlichen Bericht[6]: "Es kommt allein darauf an, ob der überlebende Ehegatte, abstrakt gesehen, die Möglichkeit hat, Ausgleich des Zugewinns zu verlangen, wie wenn der Güterstand auf andere Weise als durch den Tod eines Ehegatten beendet wäre. Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten ist also verschieden groß, je nachdem die Voraussetzungen des § 1371 Abs.1 BGB oder des § 1372 Abs.2 vorliegen."

Betrachtet man den von Lange nach Reinicke zitierten Satz, der die Wendung "abstrakt gesehen", enthält, isoliert, so kann man zu Recht sagen, daß die besagte Wendung überflüssig und unverständlich ist, nicht aber mehrdeutig, wie Lange es meint.

Der vorangehende Satz - von Reinicke nicht mitzitiert - der Berichterstattung zeigt, worauf die Wendung, "abstrakt gesehen" zu beziehen ist und welch eindeutiger Sinn ihr zukommt. Es heißt dort: "Hierbei - gemeint ist der kleine Pflichtteil im Falle, daß der überlebende Ehegatte nicht Erbe wird und ihm auch kein Vermächtnis zusteht - "ist gleichgültig , ob der überlebende Ehegatte aus Gründen des § 1371 BGB" - gemeint ist wohl i.S. der §§ 1373 ff BGB - "eine Ausgleichsforderung erhält

---

1) Zur Bedeutung der Entstehungsgeschichte im allgemeinen, s. S.23 d.D.
2) Vgl. den schriftlichen Bericht, S.14 ff
3) NJW 58, 288
4) Vgl. für viele: Knur, Probleme der Zugewinngemeinschaft, S.40; Hampel FamRZ 1958, 164; Niederländer NJW 1960,1737 ff (1738); BGH 42, 182 ff (192); Palandt-Lauterbach § 1371 Anm.4 B; lediglich ergibt sich für Kipp-Coing, S.28, aus dem Ausschußbericht, daß im Ausschlagungsfalle der Ehegatte auf den kleinen Pflichtteil nebst dem Ausgleichsanspruch beschränkt sein soll - dieser Hinweis auf die Entstehungsgeschichte ist für ihn das einzige Argument, das Wahlrecht abzulehnen.
5) NJW 58, 121 ff (122)
6) a.a.O., S.18

oder ihm eine derartige Forderung nicht zusteht, weil der verstorbene Ehegatte keinen oder den geringeren Zugewinn erzielt hat." Die Wendung, "abstrakt gesehen", bedeutet also, daß im Falle, daß der überlebende Ehegatte nicht Erbe wird und ihm auch kein Vermächtnis zusteht, der kleine Pflichtteil gilt und unabhängig ist von der errechenbaren Zugewinnausgleichsforderung. Lange hat also nicht Recht, wenn er der Meinung ist, die Wendung, "abstrakt gesehen", und die Worte, die die Wendung umgeben, sprächen eher für das Wahlrecht[1]. Genau das Gegenteil ist richtig. Die Wendung, "abstrakt gesehen", deutet eher darauf hin, daß der kleine Pflichtteil in den Fällen des § 1371 Abs.2 und 3 BGB ausschließlich gilt[2]. Im übrigen mag sich Langes Fehldeutung auch erklären durch Reinickes Zitierweise, weil dieser den Satz aus dem schriftlichen Bericht des Ausschusses nicht mitzitiert, der die Wendung, "abstrakt gesehen", erläutert.

Darüber hinaus vertritt Lange die Ansicht, daß der zweite Satz des erwähnten Zitates von Reinicke einen deutlichen Hinweis für das umstrittene Wahlrecht ergäbe. Der zweite Satz lautet: "Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten ist also verschieden groß, je nachdem die Voraussetzungen des § 1371 Abs.1 BGB oder des § 1371 Abs.2 BGB vorliegen."

Wieso in diesem Satz ein Hinweis, insbesondere sogar ein deutlicher, für das umstrittene Wahlrecht gesehen werden kann, bleibt unklar. Der Pflichtteil soll zwar verschieden groß sein, aber doch nicht innerhalb des § 1371 Abs.2 BGB, sondern nur, "je nachdem die Voraussetzungen des § 1371 Abs.1 BGB oder des § 1371 Abs.2 BGB vorliegen." Aus diesem Satz läßt sich ebenfalls nichts für das umstrittene Wahlrecht entnehmen. Eher könnte das Gegenteil zutreffen, nämlich daß hiermit auch gemeint ist, daß die Pflichtteile innerhalb des § 1371 Abs.2 BGB immer die gleichen sind.

Nach Langes Auffassung[3] spricht "erst recht" der Satz: "Der überlebende Ehegatte kann also die erbrechtliche Lösung ablehnen und statt dessen Ausgleich des Zugewinns verlangen" -

1) So auch Reinicke, Der Betrieb 1958, S.79 - allerdings gegen Rittners Auffassung zu den Gesetzesmaterialien in DNotZ 1958, 181 ff
2) Vgl. im Ergebnis auch Hampel, FamRZ 58, 162 ff (164) und Reinicke, Der Betrieb 1958, 575 ff (577 f)
3) a.a.O.

für die Bejahung des Wahlrechtes.

Es ist nicht klar, was Lange veranlaßt, aus diesem Satz "erst recht" einen Hinweis für das umstrittene Wahlrecht zu entnehmen. Aus der Wahlbefugnis zwischen der erbrechtlichen Lösung nach § 1371 Abs.1 BGB und der güterrechtlichen Lösung i.S. v. § 1371 Abs.2 und § 1371 Abs.3 BGB[1] - nur diese ist in dem Abschnitt der Berichterstattung gemeint - ergibt sich nichts für die Wählbarkeit zwischen mehreren Möglichkeiten innerhalb der Absätze 2 und 3 des § 1371 BGB.

Darüber hinaus sind gegen Langes Deutung folgende Bedenken zu erheben: Dieses Argument aus der Entstehungsgeschichte, das nach der Auffassung von Lange für das Wahlrecht in allen Fällen der Absätze 2 und 3 des § 1371 BGB sprechen soll, steht in dem Abschnitt des Schriftlichen Berichts, in dem nur der Fall der Ausschlagung, also nur ein Fall des § 1371 Abs.2 BGB, nämlich der Unterfall in Abs.3 behandelt wird. Wäre die Auslegung der Berichterstattung von Lange aber richtig, so hätte sich ein solches Argument auch bei den übrigen Fallgruppen des § 1371 Abs.2 BGB finden lassen müssen.

Für den Fall der Enterbung ist der große Pflichtteil, also damit auch das umstrittene Wahlrecht von der Berichterstattung[2] einmal sogar klar abgelehnt worden. Es heißt dort: "Hat" der "Ehegatte den anderen enterbt, so erhält der andere seinen Pflichtteil, der sich dann, wie oben dargelegt, gemäß § 1371 Abs.2 Halbsatz 2 BGB nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil bestimmt."

Hiergegen könnte man vorbringen, daß auch damit nicht gesagt ist, daß der große Pflichtteil ausgeschlossen sein soll, wenn der enterbte Ehegatte die Zugewinnausgleichsforderung gemäß den §§ 1373 ff BGB nicht geltend macht. Das ist aber unrichtig. Dies ergibt sich aus dem nächstfolgenden Satz der Berichterstattung: "Der Ehegatte, der den geringeren Zugewinn erzielt, kann auf diese Weise verhindern, daß der andere Ehegatte auf Kosten der Kinder in größerem Umfang an seinem Vermögen beteiligt wird, als es dem bisherigen Recht entspricht." Wollte man im Falle der Enterbung den großen Pflichtteil zulassen, so nähme man dem Ehegatten, "der den geringeren Zuge-

1) s. dazu S.1 Anm.2 d.D.
2) a.a.O., S.19

winn erzielt", gerade die Möglichkeit, zu "verhindern, daß der andere Ehegatte auf Kosten der Kinder im größeren Umfang an seinem Vermögen beteiligt wird, als es dem bisherigen Recht entspricht."

Nun bringen Rittner[1] und von diesem unabhängig Knur[2] in dem Streit um die Auslegung der Gesetzesmaterialien einen weiteren Satz aus der amtlichen Berichterstattung. "Wird der Zugewinn auf andere Weise ausgeglichen, dann muß es erbrechtlich bei der bisherigen Regelung bleiben."[3] Diesen Satz verstehen Rittner und Knur als Argument für das Wahlrecht. Rittner geht davon aus, daß in dem Satz nur der effektive Ausgleich gemeint sei. Für Rittner ergibt sich hieraus die weitere, aber nicht ausgesprochene Folgerung, daß es bei nichteffektiver Ausgleichung bei der erbrechtlichen Lösung bleiben müsse, die sich für die Fälle des § 1371 Abs.2 und 3 BGB in Gestalt des großen Pflichtteils darstellt. Hiergegen steht jedoch folgende Überlegung: In dem erwähnten Satz ist nicht genau gesagt, in welcher Weise der Ausgleich stattzufinden hat, so daß es erbrechtlich bei der bisherigen Regelung bleiben muß. Es ist nur, negativ formuliert, gesagt, daß der Zugewinn in anderer Weise als durch die Erbrechtsverstärkung ausgeglichen werden muß. Welchen anderen Ausgleich der amtliche Bericht hier im Auge hatte, ergibt sich aus den mit dem zitierten Satz zusammenhängenden Sätzen. Es ist der Ausgleich nach den §§ 1373 ff BGB, wie Rittner sogar selber herausstellt.

Der Bericht erwähnt nicht, daß es erbrechtlich bei der bisherigen Regelung auch dann bleibt, wenn der überlebende Ehegatte nicht von seinen Rechten nach den §§ 1373 ff BGB Gebrauch macht.

Es läßt sich also auch nicht dieser Hinweis als Argument für das Wahlrecht verstehen. Daß der von Rittner zitierte Satz überhaupt einer differenzierten Untersuchung bedurfte, muß u.a. daraus erklärt werden, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit, aus § 1371 Abs.2und 3 BGB ein Wahlrecht zu entnehmen, überhaupt nicht gesehen hat.

---

1) DNotZ 58, 188
2) Probleme der Zugewinngemeinschaft S.40
3) Vgl. Schriftlicher Bericht, S.18 und siehe dazu Kipp-Coing, a.a.O.

Überdies ist Rittner auch entgegenzuhalten, daß seine Auffassung zu den Gesetzesmaterialien - sie ließen sich sowohl für wie gegen das Wahlrecht deuten - auch deshalb unrichtig ist, weil auch er nicht berücksichtigt, daß für den Fall der Enterbung das Wahlrecht eindeutig ausgeschlossen ist.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß sich aus den Gesetzesmaterialien kein eindeutiges Argument für das Wahlrecht entnehmen läßt, wohl aber, daß das Wahlrecht für den Fall der Enterbung eindeutig ausgeschlossen ist. Daß das Wahlrecht im Fall der Enterbung ausgeschlossen worden ist, in den übrigen Fällen des § 1371 Abs.2 BGB aber nicht, läßt sich einerseits durch die besondere Begründung zum Enterbungsfalle[1], - Der Ehegatte, der den geringsten Zugewinn erzielt hat, soll verhindern können, daß der andere Ehegatte auf Kosten der Kinder in größerem Umfang an seinem Vermögen beteiligt wird, als es nach bisherigem Recht möglich war. - andererseits dadurch, daß an die Möglichkeit des Wahlrechtes nicht gedacht worden ist, erklären.

Die Gesetzesmaterialien lassen sich nicht für, sondern nur gegen das Wahlrecht deuten.[2]

**E.** Aus dem Sinnzusammenhang der Absätze 2 und 3 des § 1371 BGB muß das Wahlrecht abgelehnt werden

a) Ein "willkürlicher" Eingriff in das Pflichtteilsrecht

Läßt man das Wahlrecht nicht zu, so könnte man mit Lange[3] meinen, daß es in der Willkür "eines rechtsberatenen Erblassers" liege, ob der überlebende Ehegatte praktisch den kleinen Pflichtteil oder den großen erhält. Denn nach der h.M. ist folgende Rechtslage möglich: Hat der Erblasser seinen Ehegatten mit einem Vermächtnis von nur wenigen Mark bedacht, so gilt § 2307 Abs.1 Satz 2 BGB. Der überlebende Ehegatte kann hiernach mittels des Pflichtteilsrestanspruchs Ergänzung bis

1) s. S.54 f d.D.
2) a.A. die fast einhellige Meinung.
s. dazu S.52 Anm.4 d.D.
3) NJW 1958, 289 und NJW 1965, 369 ff

zur Erreichung des großen Pflichtteils[1] verlangen. Neben Abkömmlingen erhält er also ein Viertel.

Hat der Erblasser den Ehegatten enterbt, so gilt § 1371 Abs.2 BGB. Der Pflichtteil bestimmt sich in diesem Falle nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil. Der Pflichtteil ist neben Abkömmlingen also nur ein Achtel, also nur halb so groß.

Diese Variabilität des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten und der übrigen Pflichtteilsberechtigten infolge der "willkürlichen" letztwilligen Zuwendungen durch den Erblasser verletzt den Grundsatz der Unabänderbarkeit der Pflichtteile gemäß § 2310 BGB[2].

Dieser Grundsatz wird durch die Zulassung des Wahlrechtes jedoch ebenfalls verletzt. Durch die Zulassung des Wahlrechtes wird es dem überlebenden Ehegatten ermöglicht, zwischen dem kleinen und großen Pflichtteil zu wählen. Aus diesem Grunde kann der Hinweis auf § 2310 BGB nicht für die Lösung des Problems verwertet werden.

) Die behauptete Unbilligkeit

Das obige Ergebnis, das aus der Ablehnung des Wahlrechtes resultiert, könnte man als unbillig bezeichnen.

Hierbei dürfen jedoch nicht die Regelungen über den Zugewinnausgleich außer acht gelassen werden.

Der Pflichtteilsanspruch des § 2307 Abs.1 Satz 1 BGB auf den großen Pflichtteil findet darin seinen Rechtfertigungsgrund - wie überall da, wo der große Pflichtteil gilt -, daß die Geltendmachung der Zugewinnausgleichsforderung nicht vorgesehen ist.

Nun geht Lange[3] von dem Beispiel aus, daß kein oder kein nennenswerter Zugewinn auszugleichen ist. Richtig ist, daß dieses Beispiel die unterschiedliche Behandlung beider Ehegatten besonders verdeutlicht. Der enterbte Ehegatte muß sich mit dem kleinen Pflichtteil zufrieden geben. Die Zugewinnausgleichsforderung bringt ihm nichts oder fast nichts ein. Der Ehegatte, der auch nur mit einem geringen Vermächtnis oder Erbteil bedacht ist, kann Ergänzung bis auf den großen Pflicht-

1) Vgl. § 2, S. 21 ff d.D.
2) s. dazu S.25 ff d.D.
3) a.a.O.

teil verlangen. Im ersten Falle bekommt der Ehegatte nur das, was ihm zusteht, im zweiten Falle wirkt sich die erbrechtliche Lösung zu einem Mehr für den Ehegatten aus[1].

Ein solches Ergebnis läßt sich daher nicht als unbillig bezeichnen. Mit dieser Feststellung soll jedoch nicht die Ungereimtheit des Ergebnisses geleugnet werden, die darin liegt, daß die letztwillige Zuwendung von Wenigem (d.h. weniger als der Pflichtteil) zu einem Mehr (Ergänzung bis zur Erreichung des großen Pflichtteils) führt, gegenüber der vollständigen Enterbung, die nur die Hälfte des großen Pflichtteils einbringt.

Die seltsamen Konsequenzen werden von der einschlägigen Literatur auch nicht geleugnet, auch nicht von den Vertretern der Meinungen, die das Wahlrecht ablehnen[2].

Hierbei läßt der Bundesgerichtshof[3] die Frage offen, ob nicht die mit der Ablehnung des Wahlrechts verbundenen merkwürdigen Ergebnisse dadurch beseitigt werden können, daß man in den Fällen einer nur geringen letztwilligen Zuwendung (der BGH erwähnt merkwürdigerweise hierbei nur den Fall des Vermächtnisses und nicht den der Erbeinsetzung) die Vorschrift des § 1371 Abs.2 BGB anwendet.

Die vom Bundesgerichtshof offen gelassene Frage ist zu verneinen. Die Anwendung der güterrechtlichen Lösung in diesem Falle wird dem Willen des Erblasser eher zuwider sein, als die Anwendung der erbrechtlichen Lösung in Form der Geltendmachung des Pflichtteilsrestanspruches, weil die Anpassung im Gesetz nicht geregelt ist[4].

Überdies würde die Anpassung des § 1371 Abs.2 BGB auf solche Fälle die Rechtssicherheit erheblich beeinträchtigen. Wann soll eine Anpassung des § 1371 Abs.2 BGB in diesen Fällen rechtens sein? Ist beispielsweise bei einer Zuwendung in Höhe von 1/10 oder 1/100 des Nachlasses die güterrechtliche Lösung angebracht? Anstelle der klaren Grenzziehung des § 1371 Abs.2 BGB ("etwas" oder "nichts") träte bei der ausdehnenden Auslegung eine nicht minder verfehlte, aber unsichere und willkür-

1) Vgl. Staudinger-Felgentraeger Vorbem.45 zu § 1371
2) Vgl. für viele: Lehmann/Henrich S.103 u.BGH 42, 191 f
3) a.a.O.
4) Vgl. Reinicke Der Betrieb 1965, 1361 ff (1365)

liche Abgrenzung[1]. Aus diesen Gründen ist eine Anwendung des § 1371 Abs.2 BGB auf die Fälle letztwilliger Zuwendungen mit nur geringem vermögensrechtlichem Wert abzulehnen. Aber auch in den Fällen, in denen die letztwillige Zuwendung überhaupt keinen vermögensrechtlichen Wert, sondern nur Erinnerungswert darstellt, muß eine Anwendung des § 1371 Abs.2 BGB ausscheiden. Es kann hierbei zwar nicht auf das obige Argument des mangelnden Abgrenzungskriterium hingewiesen werden, denn zwischen Erinnerungs- und Vermögenswert ist eine deutliche Abgrenzung möglich. Wohl aber gilt das Argument, daß die Anwendung des § 1371 Abs.2 BGB in diesem Fall eher dem Willen des Erblasser zuwider sein wird als die erbrechtliche Lösung in Form der Geltendmachung des Pflichtteilsrestanspruches, weil die Anpassung im Gesetz nicht geregelt ist.

) Die güterrechtliche Deutung des § 1371 BGB

In der Literatur wird auf die mit der Anerkennung des Wahlrechts verbundene Einschränkung der Testierfreiheit hingewiesen[2]. Denn mit der Zulassung des Wahlrechtes wird die Testierfreiheit in Höhe des vergrößerten Pflichtteils eingeschränkt[3], da die Testierfreiheit beschränkt ist durch das Pflichtteilsrecht und für den überlebenden Ehegatten mit der Ausübung des Wahlrechts der große Pflichtteil gelten würde. Ist z.B. der überlebende Ehegatte nicht ausgleichspflichtig, so kann der Erblasser danach den Abkömmlingen nur 3/4 des Nach-

1) Schwab JuS 1965, 32 ff (435)
2) Vgl. Hampel FamRZ 1958, 162 ff (165); Thiele FamRZ 1958, 393 ff (395) und besonders BGH 42, 188
3) Zu Recht hebt Schwab - JuS 1965, 432 ff (434) - in seiner Kritik an der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 25. Juni 1964 hervor, daß dieser Gesichtspunkt für den BGH entscheidende Bedeutung hat. Im weiteren versteht jedoch Schwab den BGH nicht richtig. Der BGH gewährt dem Erblasser nicht das Recht, den überlebenden Ehegatten auf die güterrechtlichen Lösungen zu verweisen, weil der Erblasser das Recht haben müsse, die gesetzliche Erbteilserhöhung rückgängig zu machen, sondern weil die güterrechtliche Lösung die gerechtere ist. Darüber hinaus kann der Feststellung Schwabs, daß das Urteil des BGH nicht von seinen Entscheidungsgründen getragen werde, auch deshalb nicht gefolgt werden, weil Schwab wesentliche Gesichtspunkte der Entscheidung nicht berücksichtigt.

lasses, während er sonst 7/8 des Nachlasses zuwenden könnte.

Es bleibt jedoch die Frage offen, ob der Eingriff in die Testierfreiheit als zulässig angesehen werden kann.

Diese Frage wird man bejahen müssen, wenn § 1371 Abs.1 BGB nicht güterrechtlich zu erklären ist - eine solche Deutung ist aber oben[1] angenommen worden -, sondern erbrechtlich[2].

In der Tat ist die güterrechtliche oder die erbrechtliche Deutung des § 1371 Abs.1 BGB für Lehre und Rspr. das wohl entscheidendste Kriterium, das umstrittene Wahlrecht abzulehnen oder zu bejahen.

Im folgenden wird sich zeigen, daß die hierzu im Schrifttum vorgebrachten Gesichtspunkte einer Überprüfung bedürfen.

§ 1371 Abs.1 BGB ist dann erbrechtlich zu erklären, wenn die Vorschrift nicht die Aufgabe des Zugewinnausgleiches wahrnimmt[3], sondern eine, die dem Erbrecht zu eigen ist.

Die materiellen Prinzipien des Erbrechts des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches sind Testierfreiheit und Familienerbfolge[4]. Im Familienrecht setzt sich auch die familienerbrechtliche Unterhalts- und Beitragspflicht fort[5]. Man wird § 1371 Abs.1 BGB also dann erbrechtlich erklären müssen, wenn diese Vorschrift der Versorgung und wirtschaftlichen Besserstellung zu dienen bestimmt ist.

1. Die Untersuchung von Müller-Freienfels

Für Müller-Freienfels[6] ist eine solche Deutung des § 1371 Abs.1 BGB ein Gebot und eine Folge der allgemeinen Entwicklung. Er weist darauf hin, daß bereits vor dem GleichbG die Erhöhung der Ehegattenerbteile häufig durch Testament oder Erbvertrag festgelegt worden sei. Die erbrechtliche Besserstellung des überlebenden Ehegatten ergebe sich einmal aus der Wandlung der sozialen Verhältnisse der Eltern gegenüber den Kindern. Durch ihre heute viel teurer gewordene Ausbildung seien die Kinder in viel stärkerem Maße als früher bereits vorweg bedacht, so daß dementsprechend der überlebende Ehegatte von

---

1) s. S.11 zu Anm.1 d.D.
2) s. dazu S.1 Anm.2 d.D.
3) s. dazu S.1 Anm.2 d.D.
4) Kipp-Coing, S.3
5) Vgl. Boehmer in GrR II S.416 ff
6) JZ 1957, 685 ff (687)

dem beim Tode seines Lebensgefährten noch vorhandenen Vermögen einen größeren Anteil als früher zu erhalten verdiene. Außerdem hätten wiederholte Geldentwertungen bewirkt, daß bei den Eheleuten im Hinblick auf eine Vermögensbildung nicht mehr das gleiche Vertrauen vorhanden sei wie früher. Infolgedessen müsse sich das Schwergewicht der Versorgung des überlebenden Ehegatten auf eine höhere Beteiligung am Nachlaß verlagern. - Dieser Begründung zur erbrechtlichen Deutung stimmt Rittner im Grundsätzlichen zu[1].

Diese Untersuchung in sich ist wohl nicht angreifbar. Die Schlußfolgerung hieraus kann grundsätzlich aber nur eine politische, nicht eine juristische sein. Die Schlußfolgerung betrifft an erster Stelle den Gesetzgeber, nicht aber Auslegungsfragen zu dem Gesetz. Bei der Auslegung von Gesetzen ist grundsätzlich der objektivierte Wille des Gesetzes zu ermitteln[2] und nicht die Überlegung, die der Gesetzgeber möglicherweise zum Gesetz erheben kann.

Aus alledem ergibt sich, daß die Untersuchungen von Müller-Freienfels nicht als eine Begründung für die erbrechtliche Deutung des § 1371 Abs.1 BGB angesehen werden können.

2. "Hierbei ist unerheblich, ob die Ehegatten im Einzelfall einen Zugewinn erzielt haben"

Nun könnte man die erbrechtliche Deutung des § 1371 BGB begründen mit einem Hinweis auf die Wendung in § 1371 Abs.1 BGB, "hierbei ist unerheblich, ob die Ehegatten im Einzelfall einen Zugewinn erzielt haben". Man kann die Wendung so verstehen, daß damit gesagt sei, daß es unerheblich ist, ob im Einzelfall ein Zugewinn erzielt worden ist, weil der Gedanke des güterrechtlichen Zugewinnausgleichs hier nicht gilt[3].

---

1) DNotZ 1958, 181 ff (190) Anm.31: "... vgl. dazu auch Müller-Freienfels, JZ 1957, 686 ff, aus dessen Untersuchungen hervorgeht, daß das Zugewinnausgleichsprinzip allein die Lösung des § 1371 Abs.1 nicht rechtfertigen könnte, da der "Modellfall" selbstverständlich stets statistische Ausnahme bleiben wird."

2) s. dazu S.23 d.D.

3) In diesem Sinne: Lange NJW 1958, 288 und NJW 1965 370; Niederländer NJW 1960, 1741; Soergel-Siebert-Ehard-Eder § 1931 Anm.5: "die erbrechtliche Qualifikation des "Ausgleichsviertel" dürfte sich aber daraus ergeben, daß bei

Aber auch diejenigen, die § 1371 Abs.1 BGB güterrechtlich erklären[1], verweisen zur Begründung ihrer Ansicht auf die erwähnte Wendung in § 1371 Abs.1 BGB. Sie verstehen die Wendung dahin, daß damit die güterrechtliche Funktion vom Gesetzgeber ausdrücklich ausgesprochen sei. Lediglich aus Gründen der Vereinfachung des Zugewinnausgleichs - die Berechnungsschwierigkeiten der konkreten Zugewinnausgleichsforderung soll unterbleiben[2] - sei die erbrechtliche Lösung in § 1371 Abs.1 BGB erfolgt[3]. Zugunsten der erbrechtlichen Lösung läßt sich nicht ein gleich deutlicher Hinweis aus den Gesetzesmaterialien entnehmen. Insofern hat die güterrechtliche Deutung ein besseres Argument auf ihrer Seite. Diesem Argument aus der Entstehungsgeschichte ist jedoch für die Frage der erbrechtlichen oder güterrechtlichen Erklärung des § 1371 keine entscheidende Bedeutung beizumessen. Die Gesetzesmaterialien sind nur hilfsweise heranzuziehen[4].

Festzustellen bleibt die Erkenntnis, daß sich sowohl für die güterrechtliche wie für die erbrechtliche Deutung des § 1371 Abs.1 BGB die Fassung des § 1371 Abs.1 BGB heranziehen läßt.

3. Die Erbteilserhöhung nur für den gesetzlichen Güterstand

Außerdem ist geltend gemacht worden, daß § 1371 BGB deshalb güterrechtlich erklärt werden muß, weil die erbrechtliche Lösung des § 1371 Abs.1 BGB nur für einen Güterstand gilt[5]. Denn es ließe sich darauf hinweisen, daß die Zubilli-

3) [Fortsetzung von voriger Seite] bestandener Zugewinngemeinschaft eine Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten auch dann eintritt, wenn die Ehegatten einen Zugewinn überhaupt nicht erzielt haben". Vgl. auch Boehmer NJW 1958, 151: "Aus § 1371 Abs.1 BGB folgt, daß das (objektive) Erbrecht des im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten geändert wird." Ähnlich Rittner, DNotZ 1958, 189 f: Für ihn gelten in § 1371 Abs.1 BGB güterrechtliche und erbrechtliche Wirkungsgrundsätze nebeneinander. Im Widerspruch hierzu stellt er jedoch den letzteren Grundsatz vor den ersteren, weil es für ihn "sachwidrig" ist, "die Folgerungen im Erbrecht voll zu ziehen."

1) s. dazu S.62 Anm.5 d.D. 2) s. dazu S.2 d.D.
3) So Hampel FamRZ 1958, 395 u. FamRZ 1960, 465 und insbesondere Staudinger-Felgentraeger - Vorbem 43 ff zu § 1371; vgl. auch Palandt-Lauterbach § 1371 4) B.
4) s. dazu S. 23 d.D.

gung einer Erbschaftsverstärkung aus Gründen des Erbrechts nur für den Güterstand der Zugewinngemeinschaft eine nicht gerechtfertigte Ungleichheit gegenüber den anderen Güterständen zur Folge hätte[1]. Dieser Hinweis ist jedoch nicht völlig überzeugend. Denkbar bleibt immerhin das Argument, daß der Gesetzgeber des GleichbG es den Eheleuten überlassen wollte, durch die Wahl eines Vertragsgüterstandes ihre "Versorgungsansprüche" durch das alte Erbrecht ausdrücken zu lassen.

Eine Zusammenfassung ergibt, daß die vom Schrifttum vorgebrachten Argumente zugunsten der erbrechtlichen oder güterrechtlichen Deutung im wesentlichen sich die Waage halten, wenn auch ein leichtes Überwiegen für die güterrechtliche Deutung festzustellen ist.

4. Keine Aufspaltung des § 1371 BGB in zwei verschiedene Sinnzusammenhänge

Eine klare Entscheidung zugunsten der güterrechtlichen Lösung ergibt sich vielmehr aus den folgenden Gesichtspunkten:

Erklärt man § 1371 Abs.1 BGB erbrechtlich so hat das zur Folge, daß man § 1371 in zwei verschiedene Sinnzusammenhänge aufspalten muß. Für die Aufspaltung des § 1371 in zwei verschiedene Sinnzusammenhänge ist jedoch m.E. kein Grund ersichtlich.

5. § 6 ErbStG

Darüber hinaus ist festzustellen, daß die güterrechtliche Funktion des § 1371 Abs.1 BGB vom Gesetz selbst ausgesprochen wird. § 6 Abs.1 ErbStG erklärt, daß die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils gemäß § 1371 Abs.1 BGB nicht als steuerpflichtiger Erwerb i.S. des § 2 ErbStG anzusehen ist[2] [3]. Ebenso legt

5) [Fortsetzung von voriger Seite]
So Reinicke, Der Betriebsberater 1958, 578; Hampel FamRZ 1960, 465; Dölle, Lehrbuch I, S.792; BGH 42, 188; Palandt-Lauterbach § 1371 Anm.4) B.

1) Vgl. Lehmann § 1931, N Anm.21
2) Vgl. dazu Staudinger-Felgentraeger Vorbem.13 zu § 1371
3) Siehe zu der Notwendigkeit der umständlichen Formulierung des § 6 ErbStG aus Gründen des Erbschaftssteuerrechts: Megow, Erbschaftssteuergesetz § 6 II 1 S.166

§ 6 Abs.2 ErbStG fest, daß die Zugewinnausgleichsforderung gemäß § 1371 Abs.2 BGB nicht als steuerpflichtiger Erwerb i.S. v. §§ 2 und 3 ErbStG anzusehen ist. Der Grund für die steuerrechtliche Freistellung der gesetzlichen Erbteilserhöhung gemäß § 1371 Abs.1 BGB und der zugewinnausgleichsforderung gemäß § 1371 Abs.2 BGB ist der gleiche. Die Freistellungen sind erfolgt, weil die gesetzliche Erbteilserhöhung und die Zugewinnausgleichsforderung eben nicht als Schenkungen zu verstehen sind, sondern weil sie eine Form des in der Mitarbeit begründeten Anspruchs auf Vermögensausgleich sind[1].

§ 1371 BGB ist also güterrechtlich zu erklären.

Aus der dargelegten güterrechtlichen Funktion des § 1371 Abs.1 BGB läßt sich folgern, daß ein Rückschluß von § 1371 Abs.1 BGB auf den Abs.2 dann nicht angenommen werden kann, wenn das Ergebnis erbrechtlicher Natur ist. Die Annahme eines Wahlrechtes in den in § 1371 Abs.2 BGB mitgeregelten Fällen stützt sich auf erbrechtliche Überlegungen. Ein Rückschluß von § 1371 Abs.1 auf die Auslegung von § 1371 Abs.2 BGB ist nicht möglich.

Die güterrechtliche Deutung des § 1371 BGB verbietet die Annahme eines Wahlrechtes.

d) Die Zulassung des Wahlrechtes hätte eine Rechtsunsicherheit zur Folge

In der Literatur wird in dem Streit um das Wahlrecht mehrfach auf die Unsicherheit der Rechtslage hingewiesen, die sich aus der Zulassung des Wahlrechtes ergeben kann[2]. Der Pflichtteilsanspruch wie der Zugewinnausgleichsanspruch verjähren nach drei Jahren (§§ 1378 Abs.4, 2332 Abs.1 BGB). Der pflichtteilsberechtigte Ehegatte könnte sich also mit der Ausübung des Wahlrechtes Zeit lassen grundsätzlich bis zum Ablauf dieser Dreijahresfrist, da auch eine Befristung des Wahlrechtes im Gesetz nicht vorgesehen ist. Macht der Erbe nicht die Einrede der Verjährung geltend, so besteht das Wahlrecht sogar über die Dreijahresfrist hinaus, da die Einrede der Verjährung

1) Vgl. Megow § 6 II 1 S.165 und § 6 III 1 S.175
2) So Hampel FamRZ 1958, 166; Boehmer, Teilreform des Familienrechts, S.35, Reinicke, Der Betriebsberater, 575 Anm.6; BGH 42, 190 und besonders Staudinger-Ferid § 2303 Anm.43 ff und Schwab, JuS 1965, 436

nicht den Anspruch zum Erlöschen bringt, sondern nur ein Leistungsverweigerungsrecht ist[1]. Solange sich aber der überlebende Ehegatte nicht zu entscheiden braucht und auch nicht entschieden hat, ist die Höhe der Pflichtteilsansprüche des überlebenden Ehegatten und der übrigen Pflichtteilsberechtigten unbestimmt[2].

Das Wahlrecht hat also zur Folge, daß die Höhe der Pflichtteilsansprüche drei Jahre lang und länger unbestimmt bleiben kann. Diese Rechtsunsicherheit ist kaum tragbar.

1. Das Argument der Rechtsunsicherheit kann nicht entkräftet werden durch einen Hinweis auf die kurze Ausschlagungsfrist

Dem könnte man jedoch folgendes entgegenhalten. Die Ausschlagungsfrist von sechs Wochen (§ 1944 BGB) sei für den Ehegatten zu kurz bemessen[3]. Auf die innerhalb der Frist für den ausschlagenden Ehegatten nur schwer lösbaren Schwierigkeiten wurde bereits hingewiesen[4]. Es mag also richtig sein, daß für den ausschlagenden Ehegatten die Sechs-Wochen-Frist im Einzelfall sehr oder auch zu knapp ist[5]. Es sind jedoch nicht nur die Interessen des überlebenden Ehegatten, sondern auch die der übrigen am Nachlaß Beteiligten zu berücksichtigen[6]. Die Ausschlußfrist von sechs Wochen dient der schnellen und endgültigen Verteilung des Nachlasses. Dieser Grundsatz tritt besonders deutlich - wie festgestellt[7] - in der Vorschrift des § 2310 zutage. Die "abstrakte" Berechnung in § 2310 BGB hat auch den Vorteil, daß die Berechnung des Pflichtteils sofort mit dem Erbfall möglich ist[8]. Diesem Grundsatz widerspricht es, wenn die Höhe der Pflichtteilsrechte drei Jahre lang in der Schwebe bleiben kann. Hinter diesem Grundsatz müssen die Interessen des überlebenden Ehegatten an einer Verlängerung der Ausschlagungsfrist zurücktreten.

---

1) Vgl. Schwab, JuS 1965, 436
2) s. dazu § 2 I und II, S. 21 ff d.D.
3) Vgl. Lange NJW 58, 289 f und derselbe in NJW 65, 369 ff (371 Anm.25) u. S.41 Anm.1 d.D.
4) s. S.36 ff d.D.
5) Boehmer NJW 1958, 524 ff (527 - 4.c.) hält das Wahlrecht auch wegen der Frist von drei Jahren für die bessere Lösung.
6) Vgl. BGH 42, 190
7) Vgl. S. 25 ff d.D.
8) Vgl. Staudinger-Ferid, § 2310 Anm.1 u.2

2. Das Argument der Rechtsunsicherheit kann nicht entkräftet werden durch einen Hinweis auf die analoge Anwendbarkeit des § 2307 Abs. 2 BGB

Das Fristproblem und die damit verbundene Rechtsunsicherheit will Lange[1] durch eine entsprechende Anwendung des § 2307 Abs.2 BGB lösen. Man muß Lange fragen, was eine entsprechende Anwendung des § 2307 Abs.2 BGB auf den Fall des Wahlrechtes zur Folge haben soll. Ist die entsprechende Anwendung in dem folgenden Sinn zu verstehen: mit Ablauf der Frist gilt das Wahlrecht als nicht ausgeübt, wenn nicht vorher eine Entscheidung erklärt wird? Man muß weiter fragen, welche Rechtsfolge dann gelten soll[2]. Es liegt nahe, daß dann nur noch die güterrechtliche Lösung verlangt werden kann. Aber es ist kaum zu erwarten, daß sich in dieser Frage eine einheitliche Meinung bilden würde. Das Argument der Rechtsunsicherheit wird also durch den Vorschlag Langes nicht beseitigt, sondern nur verschoben. Darüber hinaus bleibt gegen Langes Vorschlag der folgende grundsätzliche Einwand bestehen: Fristbindungen dieser Art können nur dort bestehen, wo der Gesetzgeber sie anordnet. Denn niemand kann mit einer Ausschlußfrist für ein solches Recht rechnen, wenn sie nicht dem Gesetz zu entnehmen ist[3].

3. Das Argument der Rechtsunsicherheit kann nicht entkräftet werden durch die Konstruktion Rittners

Nun stellt Rittner[4] eine Konstruktion auf, mit deren Hilfe er nachzuweisen sucht, daß die aus dem Wahlrecht sich ergebende unsichere Rechtslage nur "auf den ersten Blick" besteht. Der Erbe soll die Beträge errechnen, die sich aus beiden Möglichkeiten ergeben, zwischen denen das Wahlrecht besteht. Der Erbe soll also einmal den Betrag errechnen, der sich in dem Fall ergibt, daß der Ehegatte die Zugewinnausgleichsforderung und den kleinen Pflichtteil verlangt und zum anderen den Betrag, der sich in dem Fall ergibt, daß der

1) Lange, Lehrbuch, S.441
2) Ähnlich Staudinger-Ferid § 2303 Anm.43 u.Schwab, JuS 1965, 436
3) Vgl. Schwab a.a.O.
4) DNotZ 58, 181 ff (193 ff)

Ehegatte auf dem großen Pflichtteil besteht. Den Betrag, der sich dabei als der niedrigere herausstellt, könnte in jedem Fall der Berechnung der übrigen Pflichtteile zugrunde gelegt werden. Die so errechneten Pflichtteile könnten die Pflichtteilsberechtigten jedenfalls von den Erben verlangen.

Man kann Rittner darin zustimmen, daß die anderen Pflichtteilsberechtigten den "Mindestbetrag" verlangen können, bevor der Ehegatte von dem Wahlrecht Gebrauch macht, da dieser "Mindestbetrag" den anderen Pflichtteilsberechtigten in jedem Falle zusteht. Die Rittnersche Konstruktion ist aber aus zweifachem Grunde abzulehnen. Die erwähnte Konstruktion erhöht die Zahl der Schwierigkeitsfälle, die gegeben sind, wenn die Zugewinnausgleichsforderung oder der Pflichtteil zu berechnen sind, dadurch daß nun auch der Erbe neben dem Ehegatten in diesen Fällen stets die Zugewinnausgleichsforderung und den Pflichtteil berechnen müßte. Entscheidend ist jedoch, daß die Rittnersche Konstruktion rechtlich gar nicht möglich ist, abgesehen davon, daß auch hinsichtlich des Differenzbetrages die Rechtsunsicherheit bestehen bliebe.

Nach der Auffassung von Rittner müßte der Erbe, wenn die Voraussetzungen des Wahlrechts gegeben sind, der überlebende Ehegatte sich aber noch nicht entschieden hat, in welcher Weise er von dem Wahlrecht Gebrauch machen will, den errechneten Mindestbetrag an die Pflichtteilsberechtigten auszahlen. Der Erbe müßte also die Gegenstände in Geld umsetzen, auf die der überlebende Ehegatte gegebenenfalls einen Anspruch gemäß § 1383 BGB hat, wenn er sich später für die güterrechtliche Lösung entscheidet. Die Gegenstände i.S. des § 1383 BGB wären dann aber dem überlebenden Ehegatten für immer entzogen.

§ 1383 BGB verbietet also die Rittnersche Konstruktion. Es kann also zu Recht auf die Rechtsunsicherheit hingewiesen werden, die aus dem Wahlrecht resultiert.

e) Der Zulassung des Wahlrechts stehen Bedenken aus Gründen der Gesetzessystematik entgegen

Gegen das Wahlrecht i.S. der Lösung von Lange und seinen Anhängern bestehen außerdem Bedenken aus Gründen der Gesetzessystematik.

Bejaht man dieses Wahlrecht, so gilt, gesetzessystematisch betrachtet, folgendes: Ist der überlebende Ehegatte nicht Erbe und auch nicht Vermächtnisnehmer, so kann er wählen zwischen der güterrechtlichen Lösung des § 1371 Abs.2 BGB mit der Folge des kleinen Pflichtteils und der Lösung der Vorschrift des § 2303 Abs.1 S.2 BGB mit der Folge des großen Pflichtteils[1]. Schlägt der überlebende Ehegatte die Erbschaft aus, die größer[1], aber beschränkt oder beschwert ist, so kann er wählen zwischen dem kleinen Pflichtteil des § 1371 Abs.3 und 2 BGB und dem großen Pflichtteil gemäß § 2306 Abs.1 S.2 BGB[1]. Ist der überlebende Ehegatte jedoch als Erbe eingesetzt zu einem Erbteil, der kleiner ist als der große Pflichtteil, so kann er lediglich diesen gemäß § 1371 Abs.3 und 2 BGB ausschlagen und die Rechte der güterrechtlichen Lösung verlangen. Ein Ausschlagungsrecht i.S. der erbrechtlichen Bestimmungen der §§ 2303 ff BGB und eine Vorschrift, die in diesem Fall den großen Pflichtteil gewährt, gibt es nicht. Ebenso kann der überlebende Ehegatte, der die Erbschaft, welche größer als der große Pflichtteil, aber nicht beschränkt oder beschwert ist, ausschlägt, nur die Rechte der güterrechtlichen Lösung gemäß § 1371 Abs.3 und 2 BGB verlangen. Auch für diesen Fall gibt es i.S. der erbrechtlichen Bestimmungen der §§ 2303 ff BGB kein Ausschlagungsrecht und keine Vorschrift, die den großen Pflichtteil gewährt.

In den zuletzt genannten Fällen der Ausschlagung kann also schon aus Gründen der fehlenden gesetzlichen Norm kein großer Pflichtteil, d.h. kein Wahlrecht, anerkannt werden.

Eine Zwischenzusammenfassung ergibt, daß sich die Entstehungsgeschichte nicht für, sondern nur gegen das Wahlrecht verwerten läßt. Die Funktionsdeutung des § 1371 BGB verbietet die Annahme eines Wahlrechts. Die Zulassung des Wahlrechtes

---

1) s. § 2 S.21 ff d.D.

hätte eine unzulässige Rechtsunsicherheit zur Folge. Außerdem ist aus Gründen der Gesetzessystematik das obige Wahlrecht abzulehnen.

## I. Das eingeschränkte Wahlrecht i.S. von Boehmer

Aus den oben dargelegten Gründen der fehlenden Normen für den großen Pflichtteil schränkt Boehmer[1] das Wahlrecht ein auf die Fälle, in denen schon nach bisherigem Recht der Pflichtteil verlangt werden konnte. Boehmer erkennt ein Wahlrecht nicht an in den Fällen, in denen die ausgeschlagene Erbschaft kleiner als der nicht erhöhte Pflichtteil oder größer, aber nicht beschränkt oder beschwert ist[2].

In den übrigen Fällen läßt er das Wahlrecht zu. Die wesentlichen Gründe, die gegen die Anerkennung des uneingeschränkten Wahlrrechtes aufgeführt wurden, verbieten jedoch auch die Annahme eines eingeschränkten Wahlrechtes im Sinne Boehmers.

1. Es wurde nachgewiesen, daß sich die Entstehungsgeschichte für den Enterbungsfall expressis verbis gegen den großen Pflichtteil ausspricht[3]. Das eingeschränkte Wahlrecht i.S. von Boehmer läßt sich also nicht mit der Entstehungsgeschichte in Einklang bringen.

2. Die angeblich "merkwürdigen Ergebnisse"[4] werden durch die Ansicht Boehmers vermieden. Denn ein Ehegatte hat nicht mehr die Möglichkeit, dadurch daß er seinen Gatten enterbt, diesen auf den kleinen Pflichtteil zu setzen - dieser kann nämlich unter Verzicht auf den im Beispielsfall wertlosen Ausgleichsanspruch den großen Pflichtteil wählen. Teilt die Lösung Boehmers in diesem Punkt den angeblichen Vorzug des uneingeschränkten Wahlrechtes, so sprechen aber auch - wie sich

---

1) NJW 1958, 524 ff; vgl. denselben in Einführung in das Bürgerliche Recht, S.176 ff (178), wo er sich erneut für das von ihm beschränkte Wahlrecht einsetzt, es aber aus Gründen der Klarheit und der Einheitlichkeit" der Rechtslage ablehnt.
2) s. S.36 f d.D.
3) s. S.51 ff d.D.
4) s. dazu S.58 d.D.

im weiteren zeigen wird - die gleichen Gründe dagegen.

3. Es wurde festgestellt, daß die Vorschrift des § 1371 BGB güterrechtlich zu erklären ist. Die güterrechtliche Funktion des § 1371 BGB verbietet die Annahme eines Wahlrechtes[1]. Dieses Argument läßt sich auch gegen das von Boehmer eingeschränkte Wahlrecht vorbringen.

4. Darüber hinaus ist festzustellen, daß auch aus dem von Boehmer eingeschränkten Wahlrecht eine drei- und mehrjährige Rechtsunsicherheit folgt, die als kaum tragbar anzusehen ist[2].

Zusammenfassend ergibt sich, daß das von Boehmer eingeschränkte Wahlrecht zwar die merkwürdigen Ergebnisse vermeidet, die sich aus der Ablehnung des Wahlrechtes folgern lassen. Ebenso hat die Lösung Boehmers - wie die des uneingeschränkten Wahlrechtes - den Vorzug, daß der Überlebende sich nicht nur durch Ausschlagung den Zugewinnausgleich - in Form der pauschalen und abstrakten Regelung durch den erhöhten Pflichtteil[3] - verschaffen kann. Die überwiegenden Argumente sprechen sich aber gegen das von Boehmer eingeschränkte Wahlrecht aus. Deshalb ist das von Boehmer eingeschränkte Wahlrecht abzulehnen.

III. Das eingeschränkte Wahlrecht i.S. von Beitzke

Beitzke[4] erkennt ein Wahlrecht an in den Fällen unbegründeter Enterbung[5]. Man könnte versuchen, diese Ansicht wie folgt zu begründen: "Für den großen Pflichtteil spräche das Bedürfnis nach folgerichtiger Durchführung der erbrechtlichen Lösung und die schwer verständliche Tatsache, daß der Erblasser sonst in der Lage wäre, mit vollständiger Enterbung

1) Vgl. S.59 ff d.D.
2) s. dazu S.64 ff d.D.
3) s. S. 21 ff d.D.
4) Lehrbuch 12.Aufl. S.80
5) "Unbegründete" Enterbung ist hier aus dem Gegensatz zur "begründeten" Enterbung zu verstehen: das sind die Fälle, in denen kraft Gesetzes dem überlebenden Ehegatten kein Erbrecht zusteht.
s. dazu § 3 S.35 ff d.D.

dem Ehepartner willkürlich die Vorteile des schematisierten Zugewinnausgleichs zu entziehen ..."[1].

Gegen die Annahme des eingeschränkten Wahlrechtes i.S. von Beitzke sprechen im wesentlichen die auch gegen das eingeschränkte Wahlrecht i.S. von Boehmer vorgebrachten Argumente:

1. Die Entstehungsgeschichte spricht sich für den Fall der Enterbung expressis verbis gegen den großen Pflichtteil aus[2].

2. Die Auffassung von Beitzke vermeidet zwar wie die von Boehmer die merkwürdigen Ergebnisse, die sich aus der Ablehnung des Wahlrechtes ergeben[3].

3. Aus der ratio des § 1371 BGB ergibt sich aber die Ablehnung jedes Wahlrechtes, auch desjenigen von Beitzke[4].

4. Ebenfalls resultiert aus dem von Beitzke zugelassenen Wahlrecht eine drei- und mehrjährige Rechtsunsicherheit, die als kaum tragbar anzusehen ist[5].

5. Außerdem ist gegen diese Form des Wahlrechtes, abweichend von der Kritik an dem Wahlrecht i.S. von Boehmer, festzustellen, daß für die Beschränkung des Wahlrechtes, gesetzessystematisch betrachtet, kein Grund ersichtlich ist.

Aus alledem ergibt sich, daß das Wahlrecht i.S. von Beitzke abzulehnen ist.

## IV. Das eingeschränkte Wahlrecht i.S. des Lösungsvorschlags von Lehmann / Henrich

Henrich[6] regt an, in den Fällen ein Wahlrecht zuzubilligen, in denen schon bisher nach Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses der Pflichtteil verlangt werden

---

1) So Beitzke, Lehrbuch, 13.Aufl. S.86
2) s. S.69 Ziff.1 d.D.
3) s. dazu S.69 Ziff.2 d.D.
4) s. dazu S.70 Ziff.3 d.D.
5) s. dazu S.70 Ziff.4 d.D.
6) a.a.O. S.104

konnte. Dieses Wahlrecht soll dergestalt sein, daß entweder die Erbschaft oder das Vermächtnis[1] gemäß § 1371 Abs.3 BGB auszuschlagen ist und dann der güterrechtliche Ausgleich und der kleine Pflichtteil verlangt werden kann oder aber die Erbschaft gemäß § 2306 Abs.1 Satz 2 BGB oder das Vermächtnis[1] gemäß § 2307 Abs.1 Satz 2 BGB auszuschlagen ist und dann der große Pflichtteil verlangt werden kann.

Zur Stütze dieses Lösungsvorschlages weist Lehmann/Henrich auf ein merkwürdiges Ergebnis hin, das sich aus der Ablehnung des Wahlrechtes ergibt. Danach kann der überlebende Ehegatte, der den Erbteil, welcher größer ist als der große Pflichtteil, ausgeschlagen hat, nur den kleinen Pflichtteil gemäß § 1371 Abs.3 BGB und nicht den großen Pflichtteil gemäß § 2306 Abs.1 Satz 2 BGB verlangen. Die gleiche Ungereimtheit, die in dem Verlust des Wertes des nicht erhöhten Pflichtteils infolge der Ausschlagung liegt, ist bei einem Vermächtnis in Höhe des großen Pflichtteils gegeben, wenn dieses ausgeschlagen wird. Dann kann ebenfalls gemäß § 1371 Abs.3 BGB nur der kleine Pflichtteil verlangt werden.

Im Hinblick auf eine mögliche Bejahung oder Ablehnung des eingeschränkten Wahlrechtes i.S. des Lösungsvorschlages von Lehmann/Henrich sind die gegen die übrigen Formen des Wahlrechtes vorgebrachten Argumente zu überprüfen.

1. Es ist festzustellen, daß sich die Entstehungsgeschichte zwar gegen die bislang erörterten Formen des Wahlrechtes verwerten ließen; anders ist es jedoch bei dem Lösungsvorschlag von Lehmann/Henrich: Die Entstehungsgeschichte spricht sich expressis verbis nur für den Fall der Enterbung gegen den großen Pflichtteil aus[2].

2. Der Lösungsvorschlag von Lehmann/Henrich vermeidet - wie die übrigen Formen des Wahlrechtes - die oben erwähnten merkwürdigen Ergebnisse, die sich aus der Ablehnung des Wahlrechtes ergeben[3]. Auch enthält der Lösungsvorschlag

---

1) Das Vermächtnis ist hier bei Lehmann/Henrich nicht erwähnt. Es gilt aber im obigen Sinne als mitgemeint.
2) s. dazu S.69 Ziff.1 d.D.
3) s. dazu S.69 Ziff.2 d.D.

von Lehmann/Henrich wie das eingeschränkte Wahlrecht i.S. von Boehmer den Vorzug, daß sich der unzureichend bedachte Überlebende nicht durch Ausschlagung eine ihm genehmere Form des Zugewinnausgleichs[1] verschaffen kann. Im weiteren wird sich jedoch zeigen, daß sich die überwiegenden Argumente auch gegen das eingeschränkte Wahlrecht i.S. des Lösungsvorschlages von Lehmann/Henrich aussprechen.

3. Aus der ratio des § 1371 ergibt sich freilich die Ablehnung jedes Wahlrechtes[2]; also auch des vorgeschlagenen von Lehmann/Henrich.

4. Der Lösungsvorschlag von Lehmann/Henrich hat ebenfalls eine Rechtsunsicherheit zur Folge, die kaum tragbar ist: Hinsichtlich der Ausschlagung der Erbschaft gemäß § 2306 Abs.1 Satz 2 BGB gilt die Sechs-Wochen-Frist gemäß § 1944 BGB und hinsichtlich der Ausschlagung des Vermächtnisses gilt die Fristbestimmung gemäß § 2307 Abs.2 BGB. Insoweit folgt allerdings aus dem Wahlrecht i.S. von Lehmann/Henrich keine Rechtsunsicherheit.

Würde der überlebende Ehegatte von dem in Rede stehenden Wahlrecht dahingehend Gebrauch machen, daß er die letztwillige Zuwendung nun nicht gemäß den §§ 2306 oder 2307 BGB ausschlägt, sondern gemäß § 1371 Abs.3 BGB, so wären hinsichtlich der erforderlichen Fristsetzungen die §§ 1944 und 2307 BGB analog anwendbar zu erklären.

Was aber gilt in dem Falle, in dem nicht eine Ausschlagung speziell i.S. von § 1371 Abs.3 oder i.S. von §§ 2306 Abs.1 Satz 2, 2307 Abs.1 Satz 1 BGB erfolgt, sondern im Falle, daß der überlebende Ehegatte lediglich erklärt, daß er die letztwillige Zuwendung ausschlägt? Hält man das Wahlrecht im Falle der Ausschlagung für zulässig, so ist nicht einzusehen, warum es dem überlebenden Ehegatten nicht gestattet sein soll, erst später nach erfolgter Ausschlagserklärung zu entscheiden, ob er die Rechte aus § 1371 Abs.2 oder aus § 2306 Abs.1 Satz 2 bzw. aus § 2307 Abs.1 Satz 1 BGB geltend machen will. - Diese Form des Wahlrechtes, ausgehend von der grundsätzlichen

1) s. dazu S. 1 Anm.2 d.D.
2) s. dazu S. 70 Ziff.3 d.D.

Anerkennung dieses eingeschränkten Wahlrechtes, müßte man außerdem schon deswegen zulassen, weil dem überlebenden Ehegatten eine Ausschlagungserklärung mit dem bestimmten Inhalt - auszuschlagen entweder gemäß § 1371 Abs.2 oder gemäß §§ 2306 Abs.1 Satz 2, 2307 Abs.1 Satz 1 BGB - nicht zugemutet werden kann, weil das Gesetz diese Ausschlagungserklärungen nicht kennt. Schlägt der überlebende Ehegatte also lediglich die letztwillige Zuwendung aus, so könnte er sich in diesem Falle bis zum Ablauf der Verjährungsfrist mit der Ausübung des Wahlrechtes Zeit lassen. Denn die Fristbindung des § 2307 Abs.2 BGB oder des § 1944 BGB wäre nicht analog anwendbar, weil - so lange der überlebende Ehegatte von dem Wahlrecht nicht Gebrauch gemacht hätte - weder ein Vermächtnis noch eine Erbschaft vorläge. Daraus folgt eine Rechtsunsicherheit, die nicht tragbar ist[1].

Gegen den Lösungsvorschlag von Lehmann/Henrich spricht also ebenfalls das Argument der Rechtsunsicherheit.

5. Vom Standpunkt der Gesetzessystematik ist darauf hinzuweisen, daß nicht einzusehen ist, das Wahlrecht auf die Fälle der Ausschlagung zu beschränken, die Fälle der Enterbung aber davon auszuschließen. Denn auch nach altem Recht kann der enterbte Ehegatte den Pflichtteil verlangen (§ 2303 BGB)

Eine Sonderbehandlung des ausschlagenden Ehegatten gegenüber dem enterbten Ehegatten läßt sich auch nicht aus § 1371 Abs.3 BGB entnehmen. Die Regelung hinsichtlich des ausschlagenden Ehegatten in § 1371 Abs.3 BGB ist nur ein Unterfall des in § 1371 Abs.2 BGB geregelten Falles, in dem der überlebende Ehegatte nicht Erbe wird und ihm auch kein Vermächtnis zusteht.

Aus alledem ergibt sich, daß die Argumente, die sich gegen die Zulassung des Wahlrechtes i.S. des Lösungsvorschlages von Lehmann/Henrich verwenden lassen, größeres Gewicht haben als die Argumente, die sich für die Anerkennung dieses Wahlrechtes verwerten lassen.

---

1) s. dazu S. 71 Ziff.4 d.D.

V. Das Gebot der verfassungskonformen Auslegung verbietet jede Form des Wahlrechtes

In dem Bemühen, die sich aus § 1371 Abs.1 BGB ergebenden Ungleichheiten zwischen Ehemann und Ehefrau im einzelnen aufzuzeigen, wurde dargelegt, daß die Ungleichheit auch dadurch beseitigt werden kann, daß die vorversterbende Ehefrau immer die Möglichkeit hat, den überlebenden Ehegatten zu zwingen, den Zugewinnausgleich auf güterrechtlichem Wege zu suchen.[1)]

Infolge des Wahlrechts, sei es uneingeschränkt[2)] oder sei es eingeschränkt i.S. von Boehmer[3)] oder Beitzke[4)], wird dem vorversterbenden Ehegatten diese Möglichkeit genommen. Durch die Zulassung des Wahlrechtes in den genannten Formen werden also die aus § 1371 Abs.1 BGB resultierenden Ungleichheitsfälle erhöht. Eine solche Auslegung des § 1371 BGB ist - wie festgestellt[5)] - nicht verfassungskonform. Dieses Argument nur für sich genommen, ist geeignet, das eingeschränkte Wahlrecht für unzulässig zu erklären.

Dieses Argument kann nicht gegen das Wahlrecht i.S. des Lösungsvorschlages von Lehmann/Henrich vorgebracht werden. Denn auf Grund dieses Wahlrechts wird dem erstverstorbenen Ehegatten nicht die Möglichkeit genommen, den anderen durch Enterbung zur güterrechtlichen Lösung i.S. von § 1371 Abs.2 BGB zu zwingen.

Wohl aber verstößt das Wahlrecht i.S. des Lösungsvorschlages von Lehmann/Henrich gegen ein weiteres oben entwickeltes Gebot der verfassungskonformen Auslegung des § 1371 BGB. Es wurde oben festgestellt, daß die erbrechtliche Lösung[6)]

---

1) s. Ergebnis S.16 im 2.Absatz vor Abschnitt b). Das Erfordernis der Verweisung auf die güterrechtliche Lösung stimmt im Ergebnis überein mit den Gesetzesmaterialien. s. dazu S.55 d.D. "Der Ehegatte ... kann auf diese Weise verhindern, daß der andere Ehegatte ... im größeren Umfang an seinem Vermögen beteiligt wird."
2) s. S. 46 ff d.D.
3) s. S.69 f d.D.
4) s. S. 70 f d.D.
5) s. S. 17 d.D.
5) Das Wahlrecht mit der Möglichkeit, den großen Pflichtteil zu verlangen, ist eine Form der erbrechtlichen Lösung. s.dazu S. 22 d.D., 2.Absatz.

nur dort angenommen werden darf, wo sie vom Sinn und Zweck des Gesetzes zwingend vorgeschrieben wird.[1] Es wurde ausgeführt[2], daß der Sinn und Zweck des § 1371 BGB das Wahlrecht i.S. des Lösungsvorschlages von Lehmann/Henrich wie auch die übrigen Formen des Wahlrechtes verbieten. Wohl aber wurde dargelegt[3], daß sich die Funktionsdeutung des § 1371 BGB in Einklang mit der Ablehnung jedes Wahlrechtes bringen läßt. Daraus ergibt sich, daß das Wahlrecht i.S. des Lösungsvorschlages von Lehmann/Henrich wie auch die übrigen Formen des Wahlrechtes als eine nicht verfassungskonforme Auslegung abzulehnen sind.

Ein abschließender Rückblick auf die Ausführungen zum Problem des Wahlrechts ergibt, daß jede Form des Wahlrechts in § 1371 Abs.2 BGB abzulehnen ist.

---

1) s. S.17 d.D.
2) s. S.73 Ziff.3 d.D.
3) s. S.64 d.D. Ergebnis vor Absatz d)

## § 5

### Zuwendungen in Höhe des Pflichtteils

I. Die pflichtteilsgleichen Verfügungen im allgemeinen

Eine letztwillige Verfügung mit dem Inhalt, daß der Begünstigte den Pflichtteil erhalten soll, kann erbrechtlich dreierlei bedeuten. Mit einer solchen Verfügung kann der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten in Höhe des Pflichtteils zum Erben einsetzen oder aber ihm in gleicher Höhe ein Vermächtnis aussetzen. Das sind Zuwendungen im engeren Sinne. Schließlich kann der Erblasser mit einer solchen Verfügung auch zum Ausdruck bringen, daß er den Pflichtteilsberechtigten enterben will. Es handelt sich in diesem Falle um die sogenannte Pflichtteilsverweisung. Dieses ist nicht eine Zuwendung im engeren Sinne; also weder eine Erbeinsetzung noch ein Vermächtnis. Der Pflichtteilsberechtigte soll vielmehr auf das verwiesen werden, was ihm regelmäßig kraft Gesetz nicht durch den Willen des Erblassers vorenthalten werden kann.[1] Der Erblasser kann aus mehreren Gründen eine der drei pflichtteilsgleichen Verfügungen treffen. U.a. kann eine solche Verfügung den Widerruf einer Pflichtteilsentziehung[2], die Verzeihung einer Erbunwürdigkeit[3] beinhalten. Oftmals wird der Erblasser die Form einer solchen pflichtteilsrechtlichen Zuwendung nur deshalb wählen, um die Härte einer Übergehung im Testament zu vermeiden.

Es wird oftmals Schwierigkeiten bereiten herauszufinden, welches der drei erbrechtlichen Verfügungsgeschäfte anzunehmen ist. Das Gesetz gibt hierzu lediglich eine Auslegungsvorschrift, indem es in § 2304 BGB festlegt, daß die Zuwendung des Pflichtteils im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen

---

1) So schon RG 113, 234 ff (237)
Ebenso Ehard-Eder in Soergel-Siebert a.a.O. § 2304 Anm.1
2) vgl. die §§ 2333 bis 2337 BGB
3) s. dazu S.35 Ziff. II d.D.

ist. Im folgenden wird der Fall der pflichtteilsgleichen Zuwendung, die sich als Erbeinsetzung darstellt, nicht weiter untersucht. Dieser Fall gibt in diesem Zusammenhang keine rechtlichen Schwierigkeiten auf: Der so begünstigte Ehegatte kann ausschlagen und die güterrechtliche Lösung gemäß § 1371 Abs.2 und 3 BGB oder aber stattdessen die Erfüllung des Pflichtteilsrestanspruches auf den großen Pflichtteil hin verlangen.[1)]

Liegt aber eine pflichtteilsgleiche Zuwendung vor, die nicht eine Erbeinsetzung ist, so wird man weitgehend aus dem Willen des Erblassers entnehmen müssen, ob es sich um ein Vermächtnis oder um eine Pflichtteilsverweisung handelt. Es ist festzustellen, ob der Wille auf ein "Gewähren" oder ein "Entziehen" gerichtet ist. Im ersteren Falle muß ein Vermächtnis, im letzteren eine Pflichtteilsverweisung angenommen werden.[2)]

Hinsichtlich des Pflichtteils und des Vermächtnisses bestehen zum Teil beachtlich von einander abweichende gesetzliche Bestimmungen. Davon seien die wichtigsten hier genannt:

1) Der Pflichtteilsanspruch verjährt nach § 2332 BGB in drei Jahren, die Vermächtnisforderung erst nach 30 Jahren (§§ 195, 198, 2176 BGB)[3)]

2) Das Vermächtnis kann gemäß §§ 2176, 2180 BGB ausgeschlagen werden. Der Pflichtteil kann mangels gesetzlicher Bestimmungen nicht ausgeschlagen werden. Eine analoge oder entsprechende Anwendung der §§ 2176, 2180, 2307 Abs.1 BGB ist in Anbetracht der abweichenden Regelung des § 2317 BGB gegenüber der Vorschrift des § 2176 BGB nicht möglich.[4)]

---

1) s. dazu § 2 I S.21 ff d.D.
2) vgl. RGRK § 2304 Anm.4; vgl. zu dem überkommenen Theorienstreit zwischen der sog. Pflichtteils- und Vermächtnistheorie: Staudinger-Ferid § 2304 Anm.49 u.50, Ferid NJW 1960, 121 ff (124)
3) vgl. dazu Ferid a.a.O., S.126
4) Ferid a.a.O. S.123 III.3 u. S.125 IV.7.b, ebenso RG 77,239

Diese unbestrittene Rechtslage gilt, obwohl der Pflichtteilsberechtigte im Einzelfall ein Interesse an dem Bestehen eines Ausschlagungsrechtes hätte: Denkbar ist, daß der Pflichtteilsberechtigte aus emotionalen Gründen, die gegen den Erblasser gerichtet sind, sich von jeder rechtlichen und tatsächlichen Beziehung zum Nachlaß lösen möchte. Ebenso ist denkbar, daß der Pflichtteilsberechtigte jede Bindung mit seinen Geschwistern als Nachlaßgläubiger vermeiden möchte, weil er eine Anfechtung seiner Pflichtteilswürdigkeit und die damit verbundene Darlegung der Unwürdigkeitsgründe befürchten muß.[1] Da der Pflichtteilsanspruch aber bereits mit dem Erbfall entsteht (§ 2317 Abs.1 BGB), und er den Pflichtteilsanspruch nur durch Verzichtvertrag mit den Erben gemäß § 397 BGB - also unter Mitwirkung der Erben - zum Erlöschen bringen kann, würde der Pflichtteilsberechtigte ein Interesse an der Anerkennung eines Ausschlagungsrechtes haben.

3) Gegenstand eines gültigen Vertrages unter zukünftigen gesetzlichen Erben kann gemäß § 312 Abs.2 BGB nur der Pflichtteil, aber nicht ein Vermächtnis sein.[2]

4) Die Erbschaftssteuerschuld entsteht für den Pflichtteil mit der Geltendmachung (§ 14 Abs.1 Ziff.1 b ErbStG)[3], für das Vermächtnis mit dem Anfall (§ 14 Abs.1 Ziff.1 ErbStG).

Die Schwierigkeit bei der Feststellung, ob eine Pflichtteilsverweisung oder ein Vermächtnis anzunehmen ist, wird durch die neue Lehre Ferids[4] gemildert. Hat die Auslegung ergeben, daß die Zuwendung in Höhe des Pflichtteils ein Geldvermächtnis, ein sog. Pflichtteilsvermächtnis darstellt, so kommt nach Ferid[5] weitgehend Pflichtteilsrecht und nicht Vermächtnis-

---

1) vgl. § 2345 Abs.2 BGB - s. dazu S.35 Ziff.II d.D.
2) Ferid a.a.O. S.123 III. 5.
3) Der erhöhte Pflichtteil ist für den Ehegatten, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte, steuerfrei (§ 6 Abs.1 ErbStG).
4) a.a.O. 5) a.a.O. S.124 f

recht zur Anwendung[1].

Der pflichtteilsberechtigte Vermächtnisnehmer sei nicht um den Schutz der wesentlichen Pflichtteilsbestimmungen zu bringen. Ferid[2] begründet im weiteren seine Ansicht mit dem Hinweis, daß der pflichtteilsberechtigte Vermächtnisnehmer auch dann den Schutz des Pflichtteilsrechtes verdiene, wenn er nicht das Vermächtnis ausschlage. Zum anderen behandele das Gesetz in § 226 Abs.3 Satz 1 KO das Pflichtteilsvermächtnis als im Range mit dem Pflichtteil (§ 226 Abs.2 Ziff.4 KO) und nicht mit dem Vermächtnis (§ 226 Abs.2 Ziff.5 KO) gleichstehend. Darüber hinaus weist Ferid auf das ältere und neuere Schrifttum hin, das in bestimmten Fällen beim Vorliegen eines Vermächtnisses ebenfalls Pflichtteilsrecht angewandt hat.

Der neuen Lehre Ferids soll hier nicht entgegengetreten werden, soweit es die Pflichtteilsberechtigten betrifft, die nicht im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebten. Die nachfolgenden Ausführungen sollen jedoch u.a. zeigen, daß die von Ferid vorgenommene Verdrängung von Vermächtnisrecht zugunsten des Pflichtteilsrechts nicht so ohne weiteres zutreffen kann für den überlebenden Ehegatten, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte.

## II. Die Verweisung auf den kleinen Pflichtteil

Es ist zunächst die Frage, ob eine Pflichtteilsverweisung auf den kleinen Pflichtteil möglich ist. Die Zulässigkeit der Verweisung auf den kleinen Pflichtteil ergibt sich aus folgendem: Durch die Pflichtteilsverweisung soll der Pflichtteilsberechtigte regelmäßig auf das beschränkt werden, auf das er einen unentziehbaren Anspruch hat. Er ist enterbt. Für den

---

1) Ein Sachvermächtnis behandelt Ferid ausschließlich nach Vermächtnisrecht. Für ein Sachvermächtnis kommt deshalb eine Verdrängung des Vermächtnisrechts zugunsten des Pflichtteilsrechts nicht in Betracht.
2) a.a.O. S.125 f

Fall der Enterbung legt § 1371 Abs.2 2.Halbsatz BGB fest, daß der Pflichtteil sich in diesem Falle nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil bestimmt. Mit der Verweisung auf den kleinen Pflichtteil wiederholt der Erblasser nur das, was das Gesetz ausspricht. Die Verweisung auf den kleinen Pflichtteil ist somit ohne weiteres zulässig, jedoch mit der Maßgabe, daß der überlebende Ehegatte den Zugewinnausgleich verlangen kann.

Nun nimmt Ferid[1] an, daß es dem so bedachten überlebenden Ehegatten überlassen sei, statt der güterrechtlichen Lösung gemäß § 1371 Abs.2 und 3 BGB auch die erbrechtliche Lösung in Form des Pflichtteilsrestanspruches auf den großen Pflichtteil gemäß § 2307 BGB geltend zu machen. Ferid führt dazu aus, daß je nach Entscheidung des überlebenden Ehegatten für die güterrechtliche oder die erbrechtliche Lösung entweder eine Pflichtteilsverweisung oder ein Pflichtteilsvermächtnis anzunehmen sei.

Diese Abhängigkeit der Annahme einer Pflichtteilsverweisung oder eines Pflichtteilsvermächtnisses von der Entscheidung des überlebenden Ehegatten gilt für Ferid[2] in diesem Falle auch dann, wenn der Wille des Erblassers eindeutig im Sinne einer Pflichtteilsverweisung zu verstehen ist.

Im folgenden wird dargelegt, daß es nicht richtig sein kann, die Annahme einer Pflichtteilsverweisung oder eines Vermächtnisses in Höhe des kleinen Pflichtteils von der Entscheidung des überlebenden Ehegatten abhängig zu machen, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte.

Die Ansicht Ferids räumt hier dem vom Erblasser in der Form einer Pflichtteilsverweisung enterbten Ehegatten ein Wahlrecht zwischen der güterrechtlichen und erbrechtlichen Lösung ein. Für den allgemeinen Fall der Enterbung wurde ein solches Wahlrecht in § 4 dieser Darstellung abgelehnt.[3]

---

1) NJW 1960, 121 ff (127.4)
2) a.a.O. S.127 4 b)
3) s. S. 46 ff d.D.

Ferid berücksichtigt in der Begründung seiner Ansicht nicht das Problem des Wahlrechtes i.S. von § 4 d.D. Das ist aber notwendig. Denn die entsprechende Berücksichtigung des Problems des Wahlrechtes wird zeigen, daß der Lehre Ferids für die Pflichtteilsverweisung beim Erblasser,der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte, nicht gefolgt werden kann.

Im folgenden werden die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung zum Problem des Wahlrechtes zu § 1371 BGB auf den Fall der Pflichtteilsverweisung hin untersucht.

1.) Es wurde nachgewiesen, daß die Gesetzesmaterialien sich für den Fall der Enterbung expressis verbis gegen ein Wahlrecht aussprechen.[1] Das muß auch hier gelten. Denn die Pflichtteilsverweisung ist ein Fall der Enterbung.

2.) Ferid gewährt das Wahlrecht nicht nur, wenn der Wille des Erblassers auf eine Pflichtteilsverweisung in Höhe des kleinen Pflichtteils gerichtet ist, sondern "auch dann, wenn der Erblasser die güterrechtliche Lösung ausdrücklich unter Angebot des Zugewinnausgleichs angeordnet hatte." Die Zulassung des Wahlrechtes in diesen Fällen ist ein besonders schwerwiegender, unzulässiger Eingriff in die Testierfreiheit des Erblassers.[2]

3.) Aus der ratio des § 1371 BGB ergibt sich die Ablehnung jedes Wahlrechtes.[3]

4.) Auch besteht gegen die Zulassung des Wahlrechtes im Falle der Pflichtteilsverweisung das Argument der drei- und mehrjährigen Rechtsunsicherheit.[4] Der Erbe kann beispielsweise nicht eine Fristbindung gemäß § 2307 Abs.2 BGB herbeiführen. Denn das ist nur möglich im Falle eines Vermächtnisses. Solange sich aber der überlebende Ehegatte entschieden hat, liegt nach der Lehre Ferids weder eine

---

1) s. S.54 Anm.2 d.D.
2) vgl. zur Verletzung der Testierfreiheit durch das Wahlrecht im allgemeinen S.59 zu Anm. 2 d.D.
3) s. S.70 Ziff.3 d.D.
4) s. dazu S.70 Ziff 4 d.D.

Pflichtteilsverweisung - mit der Möglichkeit, den Zugewinnausgleich verlangen zu können - noch ein Pflichtteilsvermächtnis vor.

5.) Es wurde festgestellt[1], daß jede Form des Wahlrechts zu § 1371 Abs.2 BGB eine nicht verfassungskonforme Auslegung ist. Dieses Argument, nur für sich genommen, ist geeignet, das Wahlrecht für unzulässig zu erklären.[2]

Aus diesem Grunde kann der obigen Auffassung Ferids nicht zugestimmt werden. Der auf den Pflichtteil verwiesene Ehegatte hat kein Wahlrecht zwischen der güterrechtlichen Lösung gemäß § 1371 Abs.2 BGB und dem großen Pflichtteil.[3] Er muß sich vielmehr mit der güterrechtlichen Lösung zufrieden geben.

III. Die Verweisung auf den großen Pflichtteil

Im folgenden wird die Zulässigkeit der Verweisung auf den großen Pflichtteil geprüft. Eine Verweisung auf den großen Pflichtteil läge zweifelsfrei z.B. vor beim testamentarischen Gebrauch der Wendung "erhöhter Pflichtteil" oder bei einer Festlegung der bruchteilsmäßigen Höhe (1/4 neben Abkömmlingen).

Man könnte die Zulässigkeit der Verweisung auf den großen Pflichtteil mit dem Hinweis auf die Vorschrift des § 1371 Abs.2 BGB ablehnen[4]. Zusätzlich könnte man die Ansicht vertreten, daß eine solche Pflichtteilsverweisung gegen die Vorschrift des § 2303 Abs.2 S.2 BGB verstoßen würde. Hiernach bleiben die Vorschriften des § 1371, also auch die des § 1371 Abs.2 BGB, unberührt. Da § 2303 Abs.2 S.2 BGB auf die gesamte

---

1) s. S.75 f d.D. 2) s. S.17 f d.D.
3) im Ergebnis wie hier: Palandt-Lauterbach § 1371 Anm.4) A. Die dort angegebene Literatur nimmt Stellung zum Wahlrecht i.S. § 4 d.D. und ist in diesem Zusammenhang nicht zu berücksichtigen.
4) So Scheffler in RGRK § 1371 Anm.18

Vorschrift des § 2303 BGB zu beziehen ist[1], und somit § 2303 Abs.2 S.2 BGB u.a. besagt, daß im Falle der Enterbung für den überlebenden Ehegatten die Pflichtteilshöhe des § 1371 Abs.2 BGB gilt, müßte also eine Verweisung auf den großen Pflichtteil - da sie eine Enterbung darstellt - ausgeschlossen sein. Diese Argumentation allein wäre jedoch formal und nicht überzeugend. Es ist vielmehr die zu prüfende Frage, ob die Vorschriften der §§ 2303 Abs.2 S.2, 1371 Abs.2 BGB nur im Falle der bloßen Enterbung zwingenden normativen Charakter haben, oder ob diese Vorschriften auch dann als ius cogens aufzufassen sind, wenn der Erblasser letztwillig anordnet, daß im Falle der Enterbung nicht die Rechtsfolge des § 1371 Abs.2 BGB, nämlich der kleine Pflichtteil, sondern die des § 2303 Abs.1 S.2 BGB, nämlich der große Pflichtteil gelten soll.

Bedenken gegen die Zulassung der Verweisung auf den großen Pflichtteil könnten sich aus dem Gesichtspunkt der Verletzung des Grundsatzes der Unabänderbarkeit der Pflichtteilsquoten ergeben. Denn billigt man dem Erblasser das Recht der Verweisung auf den großen Pflichtteil zu, so gilt für den überlebenden Ehegatten der große Pflichtteil und für die übrigen Pflichtteilsberechtigten ein kleinerer[2]. Indessen besteht eine solche Abhängigkeit der Pflichtteilsberechnung von der letztwilligen Verfügung des Erblassers, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte, schon kraft Gesetzes. Das ist der Fall, wenn der Erblasser statt der Verweisung auf den großen Pflichtteil ein Vermächtnis in Höhe des großen Pflichtteils aussetzen würde. Im Hinblick auf den Grundsatz der Unabänderbarkeit der Pflichtteilsquoten kann kein Unterschied zwischen Pflichtteilsverweisung und Pflichtteilsvermächtnis gemacht werden. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, daß durch die Zulassung der Verweisung auf den großen Pflichtteil nicht gegen § 2310 BGB verstoßen wird. Auch der auf den großen Pflichtteil verwiesene, aber enterbte Ehegatte wird bei Berechnung der Pflichtteile mitgezählt. Es gilt vielmehr auch hier, wie oben schon[3] festge-

---

1) s. dazu S.27 f d.D.
2) s. § 2 II S.31 ff d.D.
3) s. S.27 G a) d.D.

stellt, die Erkenntnis, daß für Eheleute, die im Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt haben, der Grundsatz der Unabhängigkeit der Pflichtteilsquoten eingeschränkt ist.

Bislang konnten alle Bedenken gegen die Zulassung der Verweisung auf den großen Pflichtteil beseitigt werden. Da den §§ 2303 ff BGB grundsätzlich der große Pflichtteil zugrunde liegt[1], müßte die Verweisung auf den großen Pflichtteil grundsätzlich zulässig sein.[2]

Der Anspruch auf den nicht erhöhten Pflichtteil ist immer zusammen mit dem Anspruch auf den Zugewinnausgleich gegeben (§ 1371 Abs.2 und 3 BGB). Der erhöhte Pflichtteil ist eine Folge der erbrechtlichen Lösung. Der überlebende Ehegatte muß jedoch die Möglichkeit haben, auf die güterrechtliche Lösung zurückzukommen;[3] andernfalls wäre eine Fallgruppe geschaffen, um die die aus § 1371 Abs.1 BGB resultierenden Ungleichheitsfälle vermehrt würden.[4] Nun kennt jedoch das Erbrecht keine Ausschlagung des Pflichtteils. Eine analoge oder entsprechende Anwendung der §§ 2176, 2180, 2307 Abs.1 BGB ist nicht möglich[5]. Auch hier hilft ein formloser Verzichtvertrag über den Pflichtteil mit den Erben nicht weiter. Denn die Annahme des Verzichtvertrages und damit die Schaffung der Voraussetzung des § 1371 Abs.2 BGB hinge dann von den Erben und nicht allein von dem überlebenden Ehegatten ab. Die Schaffung der Voraussetzungen der güterrechtlichen Lösung darf aber nicht von der Mitwirkung der Erben abhängen. Da es an einer gesetzlichen Handhabe für den überlebenden Ehegatten fehlt, anstelle des großen Pflichtteils auf die güterrechtliche Lösung zurückzukommen, könnte man die Verweisung auf den großen Pflichtteil des überlebenden Ehegatten für unzulässig halten.

Dieses Dilemma sieht offenbar Ferid.[6]

---

1) h.M. s. dazu § 2 S. 21 ff d.D.
2) So Ferid a.a.O. S.126 V 2; Boehmer NJW 1958 S.526 und Bärmann a.a.O. S.192 nehmen an, eine Pflichtverweisung sei immer auf den großen Pflichtteil zu beziehen.
3) s. S.16, vorletzter Absatz, d.D.
4) s. S. 16, vorletzter Absatz, u.S.17 b) d.D.
5) s. S. 78 zu Anm.4) d.D.
6) NJW 60, S.126 V.3

Ausgehend von der Erkenntnis, daß der Pflichtteil nach geltendem Erbrecht nicht ausgeschlagen werden kann, regt er daher an, die Pflichtteilsverweisung in Höhe des großen Pflichtteils, insoweit es sich um das Ausschlagungsrecht handelt, als Vermächtnis anzusehen, die Pflichtteilsverweisung im übrigen aber - z.B. im Hinblick auf die Verjährung - nach Pflichtteilsrecht zu behandeln.

Es ist nicht ganz klar, was Ferid hiermit meint: Denkbar ist, daß für Ferid in diesem Fall der überlebende Ehegatte nun doch eine Ausschlagungserklärung i.S. von § 2180 Abs.2 BGB abzugeben hat. Eine solche Lösung erscheint m.E. jedoch unwahrscheinlich zu sein, da sie im Widerspruch zu Ferids vorhergehender Erkenntnis stehen würde, daß der Pflichtteil nicht ausgeschlagen werden kann.[1] Wahrscheinlicher ist m.E., daß Ferid davon ausgeht, daß mit der Entscheidung des überlebenden Ehegatten für die güterrechtliche Lösung eine Verwandlung der Pflichtteilsverweisung in ein Vermächtnis anzunehmen ist.Diese Auslegung dürfte eher seiner oben dargelegten Theorie von der Vertauschung von Vermächtnisrecht in Pflichtteilsrecht entsprechen.

Mit dieser Auffassung gewährt Ferid dem auf den erhöhten Pflichtteil verwiesenen Ehegatten - auch hier,ohne das zu erkennen - ein Wahlrecht zwischen der güterrechtlichen und der erbrechtlichen Lösung. Die Berücksichtigung dessen wird zeigen, daß der Lehre Ferids auch in dem Fall der Pflichtteilsverweisung des überlebenden Ehegatten in Höhe des großen Pflichtteils nicht gefolgt werden kann.

Im folgenden werden die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung zum Problem des Wahlrechts zu § 1371 BGB auf den Fall der Verweisung auf den großen Pflichtteil angewendet. Es werden dabei - unter entsprechender Berücksichtigung - die Kriterien herangezogen, die schon für die Verweisung auf den kleinen Pflichtteil maßgeblich waren.[2]

---

1) Ferid NJW 60, S.123 III. 3 und s.S.85 d.D.
2) s. S.82 f d.D.

1.) Es wurde nachgewiesen, daß die Gesetzesmaterialien sich für den Fall der Enterbung expressis verbis gegen ein Wahlrecht aussprechen.[1] Das muß auch hier gelten. Denn die Pflichtteilsverweisung ist ein Fall der Enterbung. Für den überlebenden Ehegatten, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte, gilt lediglich die Besonderheit, daß für ihn zwei verschiedene Pflichtteile maßgeblich sein können.

2.) Aus der Zulassung des Wahlrechts folgt - in Abweichung zum möglichen Wahlrecht im Falle der Verweisung auf den kleinen Pflichtteil - kein unzulässiger Eingriff in die Testierfreiheit[2] des Erblassers. Denn der große Pflichtteil beruht in diesem Fall auf dem ausdrücklichen Willen des Erblassers. Wohl mag der Erblasser mit der Verweisung auf den großen Pflichtteil in der Hoffnung gehandelt haben, daß dadurch der Nachlaß nicht um die Zugewinnausgleichsforderung geschmälert werde. Und beansprucht der Ehegatte dennoch den Ausgleich, so ist zwar die privat-autonome Freiheit des Erblassers verletzt, nicht aber die Testierfreiheit. Denn diese besteht nur im Rahmen des Gesetzes. Aus § 1371 Abs.3 BGB sowie aus dem oben[3] erwähnten Gebot der verfassungskonformen Auslegung ergibt sich, daß kraft Gesetzes der überlebende Ehegatte das Recht hat, auf die güterrechtliche Lösung zurückzukommen. Darin findet die Testierfreiheit eine Schranke.

3.) Aus der ratio des § 1371 BGB ergibt sich die Ablehnung jedes Wahlrechtes.[4]

4.) Auch besteht gegen die Zulassung des Wahlrechtes im Falle der Pflichtteilsverweisung das Argument drei- und mehrjähriger Rechtsunsicherheit.[5] Der Erbe kann beispielsweise nicht eine Fristbindung gemäß § 2307 Abs.2 BGB herbeifüh-

---

1) s. S.54 Anm.2 d.D.
2) vgl. zur Verletzung der Testierfreiheit durch das Wahlrecht im allgemeinen S.59 Anm.2 d.D.
3) s. S.17 d.D.
4) s. dazu S.70 Ziff. 3 d.D.
5) s. dazu S.82 zu Anm.4 d.D.

ren. Denn das ist nur möglich im Falle eines Vermächtnisses. Solange sich aber der überlebende Ehegatte nicht entschieden hat, liegt nach der Lehre Ferids weder eine Pflichtteilsverweisung - mit der Möglichkeit, den Zugewinnausgleich verlangen zu können - noch ein Pflichtteilsvermächtnis vor.

5.) In Abweichung zum Problem des Wahlrechts im Falle der Verweisung auf den kleinen Pflichtteil liegt kein Verstoß gegen das Gebot der verfassungskonformen Auslegung vor.[1] Durch die Zulassung der Verweisung auf den großen Pflichtteil würde die Zahl der Ungleichheitsfälle zwischen Ehemann und Ehefrau zwar möglicherweise erhöht und deshalb wäre diese Lösung als nicht verfassungskonform abzulehnen.[2] Die aus der Zulassung der Verweisung auf den großen Pflichtteil resultierende mögliche Erhöhung der Ungleichheitsfälle berührt aber nicht den Gleichheitsbefehl des Artikels 3 Abs.2 GG. Denn die Verweisung auf den großen Pflichtteil beruht auf dem letzten Willen des erstversterbenden Ehegatten. Die Einwilligung schließt aber eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes aus.[3]

Eine Zusammenfassung ergibt, daß mit Rücksicht auf die Argumente in den Ziffern 1.), 3.) und 4.) das Wahlrecht auch im Falle der Verweisung auf den großen Pflichtteil abzulehnen ist. Es wurde oben festgestellt, daß es nur mit Hilfe der Konstruktion des Wahlrechtes dem auf den großen Pflichtteil verwiesenen Ehegatten möglich sein könnte, auf die güterrechtliche Lösung zurückzukommen.[4] Der auf den großen Pflichtteil verwiesene Ehegatte hat also keine Möglichkeit, die güterrechtliche Lösung zu beanspruchen. Aus diesem Grunde ist die Verweisung auf den großen Pflichtteil für den Ehegatten, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte, entgegen der h.M. für unzulässig zu erklären.[5]

---

1) s. S.83 Ziff.5 d.D.
2) s. S.17 f d.D.
3) s. S.8 e) d.D.
4) s. S.86 d.D.
5) Bärmann a.a.O. und Boehmer a.a.O. - s.S.85 Anm.2 d.D. - halten die Verweisung nur auf den großen Pflichtteil für

## IV. Das Pflichtteilsvermächtnis

Gegen die Zulässigkeit eines Vermächtnisses in Höhe des kleinen oder auch des großen Pflichtteils zugunsten der überlebenden Ehefrau bestehen keine Bedenken. Das Gesetz kennt in den §§ 2147 ff BGB keine Einschränkung des Vermächtnisses der Höhe nach. Fraglich könnte jedoch folgendes sein:

Ergibt der Wille des Erblassers, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt hat, daß die Pflichtteilszuwendung als Vermächtnis in Höhe des kleinen Pflichtteils aufzufassen ist, so fragt sich, ob der so bedachte überlebende Ehegatte den Pflichtteilsrestanspruch bis in Höhe des großen Pflichtteils gemäß § 2307 Abs.1 Satz 2 BGB oder stattdessen neben dem Vermächtnis in Höhe des kleinen Pflichtteils den Zugewinnausgleich verlangen kann.[1)] Dem steht der Wortlaut des § 1371 Abs.2 BGB entgegen, so könnte man meinen. Gemäß § 1371 Abs.2 BGB kann der Vermächtnisnehmer - ganz gleich in welcher Höhe er bedacht ist, also auch in Höhe des kleinen Pflichtteils - nicht die Zugewinnausgleichsforderung verlangen. Nun weisen Ferid[2)] und ihm folgend Johannsen[3)] und Palandt-Keidel[4)] darauf hin, daß nicht einzusehen sei, daß der Ehegatte in diesem Falle das Vermächtnis auszuschlagen habe, um die güterrechtliche Lösung verlangen zu können. Vielmehr sei bei der Entscheidung des überlebenden Ehegatten für die güterrechtliche Lösung statt des Pflichtteilsvermächtnisses eine Pflichtteilsverweisung anzunehmen.

---

5) [Fortsetzung von voriger Seite]:
zulässig.
Nach Johannsen in RGRK § 2304 Anm.10 kann der Erblasser den überlebenden Ehegatten grundsätzlich auf den kleinen und den großen Pflichtteil verweisen.
Staudinger-Ferid § 2304 Anm.75 und Ferid NJW 1960,S.126 V.2 nimmt im Zweifelsfall eine Verweisung auf den großen Pflichtteil an; Palandt-Keidel diesen zitierend, aber unklar. Im Ergebnis zutreffend wie hier Erman-Bartholomeyczik § 2304 Anm.2.a)

---

1) Dieses ausdrücklich verneinend: Erman-Bartholomeyczik § 2304 Anm.2 a.
2) NJW 1960,127 4 a) u.Staudinger-Ferid a.a.O. § 2304 Anm.76
3) im RGRK § 2304 Anm.10 4) § 2304 Anm.3 b)

Dieser Ansicht könnte entgegengehalten werden, daß somit dem überlebenden Ehegatten wiederum ein Wahlrecht zwischen güterrechtlicher und erbrechtlicher Lösung zugestanden würde. Die letztere Lösung erhält der überlebende Ehegatte dadurch, daß er den Pflichtteilsrestanspruch gemäß § 2307 Abs.1 Satz 2 BGB geltend macht.

Der Einwand, daß somit dem überlebenden Ehegatten ein Wahlrecht eingeräumt würde, ist jedoch nicht erheblich. Denn ein Wahlrecht zwischen der güterrechtlichen und der erbrechtlichen Lösung hat der mit dem Pflichtteilsvermächtnis in Höhe des kleinen Pflichtteils bedachte Ehegatte schon durch das Gesetz: Schlägt der mit dem Pflichtteilsvermächtnis bedachte Ehegatte das Vermächtnis aus, so steht ihm der Weg für die güterrechtliche Lösung gem. § 1371 Abs.2 und 3 BGB offen. Schlägt er nicht aus, so kann er Ergänzung des Pflichtteils auf den großen Pflichtteil gemäß § 2307 Abs.1 Satz 2 BGB verlangen.

Gegen dieses im Gesetz geregelte Wahlrecht können also nicht die gegen das obige Wahlrecht ausgeführten Bedenken geltend gemacht werden.[1] Insbesondere läßt sich dieses dem überlebenden Ehegatten mögliche Wahlrecht nicht als ein Verstoß gegen das oben entwickelte Gebot der verfassungskonformen Auslegung verstehen. Denn das Gebot der verfassungskonformen Auslegung bezieht sich nur auf Auslegungsfälle, nicht aber auf die im Gesetz geregelten Fälle des Wahlrechtes.[2]

Hieraus folgt aber nicht, daß man die Annahme eines Pflichtteilsvermächtnisses oder einer Pflichtteilsverweisung von der Entscheidung des überlebenden Ehegatten abhängig machen kann, wie es Ferid[3] und ihm folgend Johannsen[4] und Palandt-Keidel[5] vorschlagen. Verzichtet man nämlich auf die Ausschlagung und stellt es allein auf die Entscheidung des überlebenden Ehegatten ab, so kann sich der überlebende Ehegatte für die Entscheidung praktisch drei und mehr Jahre Zeit

---

1) s. § 4 S. 46 ff d.D.
2) s. S.17 f d.D.
3) s. S.89 Anm.2 d.D.
4) S. S.89 Anm.3 d.D.
5) S. S.89 Anm.4 d.D.

lassen[1]. Eine Fristbindung durch eine analoge Anwendung des § 2307 Abs.2 BGB ist in diesem Falle nicht möglich, weil § 2307 BGB das Vorliegen eines Vermächtnisses voraussetzt. Solange aber sich der überlebende Ehegatte noch nicht i.S. des von Ferid gewährten Wahlrechtes entschieden hat, liegt weder eine Pflichtteilsverweisung - mit der Möglichkeit, den Zugewinnausgleich verlangen zu können - noch ein Pflichtteilsvermächtnis vor. Es ergibt sich also eine Rechtsunsicherheit, die nicht tragbar ist.

Aus diesem Grunde läßt sich also beim Pflichtteilsvermächtnis nicht auf die Ausschlagungserklärung im Hinblick auf die Geltendmachung der güterrechtlichen Lösung verzichten.[2] Der mit dem Pflichtteilsvermächtnis begünstigte Ehegatte muß also ausschlagen, um die Rechte aus § 1371 Abs.2 BGB verlangen zu können.

Der mit dem Pflichtteilsvermächtnis in Höhe des kleinen Pflichtteils begünstigte Ehegatte kann aber auch den Pflichtteilsrestanspruch gemäß § 2307 BGB bis zur Erreichung des großen Pflichtteils geltend machen.

Wollte der Erblasser allerdings nicht, daß der überlebende Ehegatte in diesem Falle den Pflichtteilsrestanspruch geltend machen kann, so läßt sich ein dahingehender Wille nur im Wege eines bedingt zugewendeten Pflichtteilsvermächtnisses berücksichtigen. Diese Frage wird eingehender im § 6 dieser Darstellung behandelt.

## V. Auslegungsgrundsätze bei pflichtteilsrechtlichen Verfügungen zugunsten des überlebenden Ehegatten, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebt

Eine Zusammenfassung der Ausführungen über die Zuwendungen in Höhe des Pflichtteils ergibt folgende grundsätzliche Auslegungskriterien. Diese sind bedeutsam für pflichtteilsrechtliche Verfügungen, die sich entweder als Vermächtnis oder als Pflichtteilsverweisung zugunsten des überlebenden Ehegatten darstellen.

---

1) s. dazu S.70 Ziff.3 d.D.
2) a.A. Ferid a.a.O., Johannsen a.a.O. und Palandt-Keidel a.a.O.

ist zweifelhaft, ob eine Pflichtteilsverweisung oder ein Vermächtnis anzunehmen ist, so ist zunächst zu ermitteln, ob der Wille des Erblassers auf ein Entziehen oder auf ein Gewähren gerichtet ist. Hiernach entscheidet sich bei "Zuwendungen" in Höhe des kleinen Pflichtteils, ob eine Pflichtteilsverweisung oder ein Vermächtnis vorliegt.

Aus der Erkenntnis der Unzulässigkeit der Verweisung auf den großen Pflichtteil folgt, daß es unrichtig ist, im Zweifelsfall unter dem zugewendeten Pflichtteil den großen[1] oder den kleinen[2] anzunehmen. Da eine Verweisung nur auf den kleinen Pflichtteil möglich ist, stellt sich die Zuwendung des großen Pflichtteils vielmehr als ein aliud gegenüber der Pflichtteilsverweisung dar und ist soweit regelmäßig als ein Vermächtnis in Höhe des großen Pflichtteils anzusehen.[3]

Nur in dem besonderen Fall, in dem sich ergibt, daß der Erblasser in jedem Fall den güterrechtlichen Ausgleich des Zugewinns wünschte, kann trotzdem die Annahme einer Verweisung auf den kleinen Pflichtteil angebracht sein.

Ist festgestellt, welcher Pflichtteil für den überlebenden Ehegatten gilt, so ist auch der Pflichtteil der Abkömmlinge und Eltern des Erblassers bestimmt. Denn der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten ist maßgebend für die Pflichtteile der übrigen Pflichtteilsberechtigten.[4] Demgegenüber ist unbedeutend, wenn der Erblasser seine Abkömmlinge oder Eltern testamentarisch auf den "kleinen" oder "großen" Pflichtteil verwiesen hat.

Die Zweifelsfälle werden jedoch vermieden, wenn der Erblasser z.B. die folgenden eindeutigen testamentarischen Ausdrücke verwendet:

---

1) So aber Ferid a.a.O. S.125 f und Staudinger-Ferid a.a.O., vgl. dazu Palandt-Keidel, s. S. 89 Anm.5 d.D.
2) So aber Johannsen in RGRK § 2304 Anm.10
3) Im Ergebnis wie hier: Erman-Bartholomeyczik § 2304 Anm.2 a
4) s. § 2 II S. 31 ff d.D.

"... meine Frau soll auf den nicht erhöhten Pflichtteil gesetzt sein."

o d e r

"... meine Frau soll neben unseren Kindern ein Achtel des Nachlasses als Pflichtteil erhalten."

o d e r

"... meine Frau soll neben unseren Kindern ein Achtel des Nachlasses als Vermächtnis erhalten."

o d e r

"... meine Frau soll neben unseren Kindern ein Viertel als Vermächtnis erhalten."

## § 6

## Bedingte pflichtteilsrechtliche Zuwendungen

### I. Bedingte pflichtteilsrechtliche Verfügungen im allgemeinen

Der Erblasser kann dem Pflichtteilsberechtigten einen Erbteil oder ein Vermächtnis zuwenden, das kleiner ist als der Pflichtteil. Der in dieser Weise bedachte Pflichtteilsberechtigte kann mittels der Restansprüche der §§ 2305 oder 2307 Abs.1 Satz 2 BGB Ergänzung bis zur Erreichung des Pflichtteils verlangen. Somit erhält der Pflichtteilsberechtigte auch in diesen Fällen dem Werte nach den vollen Pflichtteil. Ebenso zum Schutze des unzureichend Bedachten legt die Bestimmung des § 2306 Abs.1 Satz 1 BGB fest, daß für den pflichtteilsberechtigten Erben, der durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder einer Teilungsanordnung beschränkt oder mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert ist, die genannten Beschränkungen oder Beschwerungen als nicht angeordnet gelten, wenn der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt. Diese sich mit dem Schutz des Pflichtteilsberechtigten befassenden Bestimmungen sind von dem Erblasser bei der Abfassung letztwilliger Verfügungen zu berücksichtigen, da diese Bestimmungen die von ihm gewünschte Nachlaßverteilung gegebenenfalls vereiteln können.[1] Der Erblasser mag ein Interesse daran haben, daß die von ihm gewünschte Verteilung des Nachlasses nicht durch die den Schutz des Pflichtteilsberechtigten betreffenden Normen gestört wird. Andererseits ist aber auch vorstellbar, daß der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten nicht enterben

---

1) Schon in diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß diese Bestimmungen für den Erblasser, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte, von besonderer Bedeutung sind. Diese, den Schutz des pflichtteilsberechtigten Ehegatten betreffenden Normen gehen von dem großen Pflichtteil aus. Diese Bestimmungen sind daher im besonderen Maße geeignet, die vom Erblasser gewünschte Nachlaßverteilung zu vereiteln.

will, etwa aus psychologischen Gründen - z.B. weil er eine völlige Übergehung im Testament für lieblos hält - oder, weil er besonders in Zeiten der Geldentwertung den überlebenden Ehegatten dinglich am Nachlaß beteiligen will.

Es tritt nun die Frage auf, ob der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten enterben kann für den Fall, daß der Pflichtteilsberechtigte entgegen seiner Anordnung die Rechte der §§ 2305 ff BGB geltend macht, m.a.W.: Sind die Vorschriften der §§ 2305 ff BGB bedingt aufhebbar? Ist z.B. folgende Testamentsbestimmung gültig: "Meine Ehefrau soll das Haus in NN erhalten, (der Wert des Hauses ist kleiner als ihr Pflichtteil). Falls sie mehr verlangt, soll sie enterbt sein."
oder
"Meine Ehefrau soll das Haus in NN erhalten (der Wert des Hauses ist kleiner als ihr Pflichtteil). Sie ist aber verpflichtet, in jedem Jahr im Juli Frau X zwei Zimmer zur Verfügung zu stellen. Falls sie dieser Auflage nicht nachkommt, soll sie auf den Pflichtteil gesetzt sein."

Der Aufhebbarkeit des § 2306 Abs.1 Satz 1 BGB tritt Johannsen[1] mit dem grundsätzlichen Einwand entgegen, daß § 2306 Abs.1 Satz 1 BGB zwingendes Recht sei. Die cautela Socini sei nach gemeinem Recht zulässig gewesen, nunmehr aber durch die Vorschrift des § 2306 Abs.1 Satz 1 BGB ersetzt. Die cautela Socini - genannt nach dem Sieneser Marianus Socinus, gestorben 1556 - war im gemeinem Recht mit einem von dem § 2306 Abs.1 Satz 1 BGB etwas abweichenden Inhalts als Testamentsklausel möglich.[2]

Allein mit dem Hinweis auf die Rechtslage vor der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches kann aber nicht die Norm als ius cogens begründet werden. Die Zulässigkeit der bedingten Aufhebbarkeit der §§ 2305 ff BGB ergibt sich vielmehr aus der folgenden Überlegung: Der Erblasser hat in dem letztgenannten Beispiel dem überlebenden Ehegatten nicht nur ein Haus

---

1) RGRK § 2306 Anm.15
2) s. dazu Oertmann, S 357 ff und über den Inhalt solcher möglichen Verfallsklauseln: Flad, S.97 ff

mit einer Auflage zugewendet, sondern ihm die Wahl gelassen zwischen zwei Möglichkeiten. Der Pflichtteilsberechtigte kann die Zuwendung verbunden mit einer Auflage annehmen oder den Pflichtteil wählen. Auf eine solche Zuwendung beziehen sich die §§ 2305 ff BGB nicht. Diese Bestimmungen wollen verhindern, daß die Pflichtteilsberechtigten in irgendeiner Weise in ihren Pflichtteilsrechten beschränkt werden. Hier aber haben sie immer die Möglichkeit, den vollen Pflichtteil uneingeschränkt zu wählen. Es ist ihnen aber infolge dieses Wahlrechtes etwas mehr zugewendet als der volle Pflichtteil. Der Zulässigkeit der bedingten Aufhebbarkeit der §§ 2305 ff BGB im allgemeinen stehen keine weiteren Bedenken entgegen.

## II. Besonderheiten für den Erblasser, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte

Der überlebende Ehegatte, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte, kann in den oben gebildeten Beispielen[1] wählen zwischen der Annahme und der Ablehnung der Zuwendung. Will er z.B. der Auflage nicht nachkommen, so tritt der Bedingungsfall ein, und er ist enterbt. Gemäß § 1371 Abs.2 BGB kann er den kleinen Pflichtteil und den Ausgleich des Zugewinns verlangen. Er kann aber auch die Zuwendung ausschlagen. In diesem Falle steht ihm gemäß § 1371 Abs.3 BGB dasselbe zu. Das Ziel der nachfolgenden Untersuchung ist, festzustellen, daß die Wirksamkeit solcher letztwilligen Verfügungen unabhängig ist von der Höhe der Zuwendungen. Die einschlägige Literatur[2] erkennt das hier angestrebte Ziel nicht an.

---

1) s. S.94 f d.D.
2) Johannsen in RGRK § 2305 Anm.3 u. 8; derselbe in FamRZ 1961, 17 ff (18 D II) u. vgl. Palandt-Keidel § 2305 Anm.1a)

A

## Die Bedeutung bedingter letztwilliger Zuwendungen, die kleiner sind als der nicht erhöhte Pflichtteil

Der Wirksamkeit einer solchen letztwilligen Verfügung würde in der Praxis große Bedeutung beizumessen sein. Denn sie wäre geeignet, Härtefälle, die mit der Regelung des gesetzlichen Güterstandes verbunden sind, im Einzelfalle zu vermeiden. Was soll man einem Erblasser in folgenden oder ähnlich gelagerten Fällen raten?

Der Erblasser hat erst während der Ehe infolge seiner Geschäftstüchtigkeit oder auch infolge glücklichen Zufalles - wie durch einen Lotteriegewinn[1] - ein Unternehmen mit einem Vermögenswert von 1.000.000 DM aufgebaut. Der Nachlaß besteht im wesentlichen aus diesem Unternehmen bis auf Liebhaberstücke von größerem immateriellen Wert. Die Ehefrau hat keinen Zugewinn erworben. Dieses Unternehmen möchte der Erblasser durch seinen Sohn fortgeführt sehen. Das ist nur möglich, wenn das Unternehmen durch den Erbfall nicht wesentlich geschmälert wird.

Enterbt der Erblasser seine Frau, so würde sie infolge der güterrechtlichen Lösung gemäß § 1371 Abs.2 BGB immerhin noch 562.500,- DM aus dem Unternehmen ziehen können.[2]

Das ist in dem gebildeten Beispiel soviel, daß entgegen den Wünschen des Erblassers das Unternehmen nach seinem Tode nicht weitergeführt werden kann.

Soll man dem Erblasser entgegenhalten, er hätte durch Ehevertrag den Güterstand der Gütertrennung herbeiführen sollen?[3]

---

1) Auch ein solcher Zugewinn ist ausgleichspflichtig. Das ergibt sich aus der erschöpfenden Aufzählung in § 1374 Abs.2 BGB - vgl. dazu Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht, S.180

2) S. dazu S.39 II.Absatz d.D.

3) Das ist die bekannte Empfehlung im Schrifttum - vgl. für viele Staudinger-Ferid § 2303 Anm.42y - und in der Praxis, um solche und ähnliche mißliche Fälle des gesetzlichen Güterstandes zu vermeiden. Vgl. für die Praxis Model-Haegele in "Testament und Güterstand des Unternehmers" a.a.O. S.114 Anm.222: "wer ihre Wirkungen wenigstens abschwächen will, hat nur zwei Möglichkeiten. Er kann
a) die güterrechtlichen Folgen durch Ehevertrag abändern,
b) die erbrechtlichen Folgen durch Erbvertrag abweichend von den gesetzlichen Vorschriften regeln."

Oftmals wirken solche wirtschaftlichen Erwägungen im Hinblick auf den Abschluß eines Ehevertrages bei den geschäftlich uninteressierten Ehegatten schockierend und sind geeignet, den ehelichen Frieden zu gefährden.[1] Die dargelegte Abneigung gegen die vertraglichen Güterstände ist wohl Grund dafür, daß bis Ende 1963 in das Güterrechtsregister der hessischen Gerichte nur 71 965 Ehepaare aufgenommen sind, die ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag geregelt haben.[2]

Die Empfehlung der Gütertrennung ist also ein oftmals nicht befriedigender Lösungsvorschlag. Es bleibt vielmehr die Wirksamkeit bedingt letztwilliger Verfügungen zu prüfen, auch solcher, die kleiner sind als der nicht erhöhte Pflichtteil.

B Die h. M. zu § 2305 BGB gilt nicht

Johannsen[3] und wohl auch Palandt-Keidel[4] sind der Meinung, daß eine bedingte Erbeinsetzung nur zulässig sei, die zwischen dem kleinen und dem großen Pflichtteil liege, nicht aber eine solche, die kleiner sei als der nicht erhöhte Pflichtteil. Eine Begründung hierfür geben sie nicht.

Man könnte aber an die folgende Begründung denken. Erhält der überlebende Ehegatte einen Erbteil, der dem Werte nach kleiner als der nicht erhöhte Pflichtteil ist, so könnte der Ehegatte gemäß § 2305 BGB den Restanspruch bis zur Erreichung des großen Pflichtteils geltend machen. Der Pflichtteilsrestanspruch wäre in diesem Falle mehr als der nicht erhöhte Pflichtteil. Dieser Pflichtteilsrestanspruch des § 2305 BGB

---

1) Vgl. dazu Max Frisch: "Es gibt kaum ein Paar, das nicht spätestens bei der Trennung entdeckt, daß die Geldfrage zwischen Mann und Frau nie gelöst worden ist und sich bitterlich daran verletzt", in "Mein Name sei Gantenbein", Suhrkamp Verlag 1964, S.135

2) Schreiben des Hess.Ministers der Justiz vom 9.4.1965 an den Verfasser

3) § 2305 Anm.3 u. 8; § 2306 Anm.15 u. 38: Seine Ansicht ergibt der Zusammenhang dieser Anmerkungen, ebenso derselbe in FamRZ 1961, 17 ff (18 D II)

4) § 2305 Anm.1 a), der in diesem Zusammenhang nur die Erbeinsetzung zwischen dem kleinen und großen Pflichtteil erwähnt, jedoch RGRK Anm.8 zitiert.

ist nach h.M.[1] auch gegeben, wenn der Berechtigte den Erbteil ausschlägt. Schlägt der überlebende Ehegatte, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte, die Erbschaft aus, so ständen ihm einerseits gemäß § 1371 Abs.2 und 3 BGB der kleine Pflichtteil und daneben die Zugewinnausgleichsforderung zu und andererseits gemäß § 2305 BGB ein Pflichtteilsrestanspruch, der größer ist als der kleine Pflichtteil. Somit würde dem überlebenden Ehegatten doch wieder das oben abgelehnte Wahlrecht[2] eingeräumt. Um dieses mißliche Ergebnis zu vermeiden, könnte man davon ausgehen, die Erbeinsetzungen für unzulässig zu erklären, die kleiner als der nicht erhöhte Pflichtteil sind. Denn bei allen Erbeinsetzungen, die größer als der nicht erhöhte Pflichtteil sind, wäre der Pflichtteilsrestanspruch des § 2305 BGB immer kleiner als der nicht erhöhte Pflichtteil und deshalb unbedeutend gegenüber dem vollen Pflichtteilsanspruch aus § 1371 Abs.2 und 3 BGB.

Das Problem des Wahlrechtes wäre in diesem Falle nicht akut.

Diesen Überlegungen ist jedoch nicht zuzustimmen. Sie beruhen auf einer verfehlten Ausgangsbasis: Die h.M., die nach Ausschlagung den Pflichtteilsrestanspruch gewährt, gilt nicht für den überlebenden Ehegatten, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte. Die h.M. hat für die übrigen Pflichtteilsgläubiger ihre Berechtigung. Sie beruht auf der folgenden Erkenntnis: Es ist nicht einzusehen, daß der Erbe, der mit einem Erbteil bedacht ist, welches geringer als sein Pflichtteil ist, kein Ausschlagungsrecht hat mit der Folge, nicht den Pflichtteil verlangen zu können, während der nur mit einem Vermächtnis in gleicher Höhe Begünstigte nach Ausschlagung des Vermächtnisses immer noch den Pflichtteil verlangen kann. (§ 2307 Abs.1 S.1 BGB) Um diese Ungereimtheiten des Pflichtteilsrechts wenigstens etwas zu mindern, hat man dem den gemäß § 2305 BGB ausschlagenden Erben den Pflichtteilsrestanspruch belassen.

---

1) RG 93, 3 ff (9: dort als allgemeine Meinung bezeichnet); vgl. auch BGH 28, 177 ff (180 ff)
2) s. § 4 S. 46 ff d.D.

Diese nicht gerechtfertigte gesetzliche ungleiche Behandlung von Vermächtnisnehmer und Erbe ist aber für den überlebenden Ehegatten, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte, beseitigt. Gemäß § 1371 Abs.3 BGB kann der überlebende Ehegatte in allen Fällen die Erbschaft ausschlagen mit der Folge, den Pflichtteil gemäß § 1371 Abs.2 BGB verlangen zu können.

Darüber hinaus kann die h.M. auch deshalb nicht für den überlebenden Ehegatten, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte, rechtens sein, weil die h.M. nun doch wieder grundsätzlich das Wahlrecht zu § 1371 BGB ermöglicht, was aber als ein Verstoß gegen § 1371 BGB abgelehnt worden ist.[1)]

Gilt aber die h.M., die den Pflichtteilsrestanspruch zu § 2305 BGB nach Ausschlagung gewährt, nicht für den Ehegatten, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebte, so ist das Verbot der Erbeinsetzung, die geringer ist als der kleine Pflichtteil, überflüssig.

Es ist vielmehr festzustellen, daß auch die letztwilligen Zuwendungen zulässig sind, die kleiner als der nicht erhöhte Pflichtteil sind. Auch solche Zuwendungen können mit der erwähnten Verfallsklausel verbunden werden.

C Keine Anwendung des § 1371 Abs. 2 BGB

Es ist im weiteren noch folgendes zu berücksichtigen: Hinterläßt der Erblasser mit der erwähnten Verfallsklausel ein Liebhaberstück, das nur einen geringen oder gar keinen Vermögenswert besitzt, so könnte man auf den Gedanken kommen, daß dieses vermögensrechtliche "Wenige" oder "Nichts" einem juristischen "Nichts" gleichzusetzen ist mit der Folge, daß eine vollständige Enterbung vorläge und die Vorschrift des § 1371 Abs,2 BGB Anwendung finden müßte, und der überlebende Ehegatte mit Hilfe der güterrechtlichen Lösung gemäß § 1371 Abs.2 BGB in dem oben genannten Beispiel[2)] 560.250,-DM aus dem Nachlaß ziehen könnte. Das wäre soviel, daß der mit der Verfallsklausel

---

1) s. § 4, S.46 ff d.D. 2) s. S.97 d.D.

verbundene Zweckgedanke hinfällig würde.[1]

Der Rechtsgedanke der Anpassung ist erstmalig vom Bundesgerichtshof im 42. Bd.[2] angeregt worden. Die spätere Lehre hat den Anpassungsgedanken zu Recht u.a. aus Gründen des mangelnden Abgrenzungskriterium grundsätzlich abgelehnt.[3] Die Lehre läßt allerdings expressis verbis die Frage der Anpassung unbeantwortet im Falle, daß das Liebhaberstück keinen vermögensrechtlichen Wert hat. Der Gedanke der Anpassung wurde auch für diesen Fall bereits oben wegen möglichen Verstoßes gegen den Willen des Erblassers abgelehnt.[4] Im Falle der Verfallsklausel ist dieses Argument besonders evident. Denn hier ist der spiritus rector gerade der, dem überlebenden Ehegatten durch die Gewährung des Liebhaberstücks, einen Anreiz zu geben, daneben nichts aus dem Nachlaß zu ziehen, also auch nichts durch die güterrechtliche Lösung.

Daraus ergibt sich, daß eine Anwendung des § 1371 Abs.2 BGB nicht in den Fällen letztwilliger Verfügungen von geringem oder keinem vermögensrechtlichem Wert in Betracht kommt, wenn eine solche letztwillige Verfügung mit einer Verfallsklausel verbunden ist. Der Erblasser braucht also nicht zu befürchten, daß der mit der Verfallsklausel verbundene Zweckgedanke dadurch hinfällig wird.

---

1) s. S.94 ff d.D.
2) S. dazu S.47 in Anm.3 d.D.
3) So Schwab, JuS 1965, 432 ff (435) und Reinicke, Der Betrieb 1965, 1361 ff (1365). s. dazu S. 58 f d.D.
4) s. S.59 d.D.

## L e b e n s l a u f

Am 15. 2.1935 wurde ich als Sohn des Oberlandesgerichtsrats Dr. Wilhelm Bohnen und dessen Ehefrau Hedwig geb. Mohrmann in Celle geboren.

Ich legte 1956 am Abendgymnasium in Kassel meine Reifeprüfung ab. Danach studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Berlin und Marburg. Am 4. November 1963 bestand ich an der Philipps - Universität in Marburg das Erste Juristische Staatsexamen. Anschließend studierte ich vier Semester Volkswirtschaft und assistierte bei Herrn Professor Dr. Nolte.

Zur Zeit bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Hessen.